

THESIS

MUNICH

1966

ZUR HAFTUNG
DES VERTRETENEN UND VERTRETERS
AUS VERSCHULDEN BEI VERTRAGSSCHLUSS
SOWIE DES ERFÜLLUNGSGEHILFEN
AUS POSITIVER VERTRAGSVERLETZUNG

Thilo (Sticht

LANE MEDICAL LIBRARY
STANFORD UNIVERSITY
300 PASTEUR DRIVE
PALO ALTO, CALIF.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ZUR HAFTUNG
DES VERTRETENEN UND VERTRETERS AUS VERSCHULDEN
BEI VERTRAGSSCHLUSS SOWIE DES ERFÜLLUNGSGEHILFEN
AUS POSITIVER VERTRAGSVERLETZUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Thilo Sticht

München 1966

Referent: Professor Dr. Karl LARENZ
Korreferent: Professor Dr. Gotthard PAULUS

Tag der mündlichen Prüfung: 1.8.1966
(Schlußberatung)

MEINEM VATER

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
A. PROBLEMSTELLUNG	1
B. AUSFÜHRUNGEN	3
I. Die Rechtsnatur der vorvertraglichen Pflichten und des Verhandlungsverhältnisses als Ausgangspunkt für die Lösung der Frage, ob der Vertretene für ein vorvertragliches Verschulden seines Vertreters im Rahmen des § 831 BGB oder des § 278 BGB einzustehen hat	3
1. Das Verhandlungsverhältnis als Schuldverhältnis und die vorvertraglichen Pflichten als Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB	3
a) Entwicklung dieses Gedankens in der Rechtslehre	4
b) Die von Faber und Geiß gegen die schuldrechtliche Natur der vorvertraglichen Pflichten geltend gemachten Bedenken	6
c) Anwendung des § 278 BGB durch die herrschende Meinung	7
2. Das Bestehen des Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen zwischen Vertretenem und Drittem als Voraussetzung für die Anwendung des § 278 BGB	9
a) Übergehen dieses Erfordernisses durch den überwiegenden Teil der Lehre	9
b) Kritische Betrachtung der Ausführungen Bergers und Grandpairs	10
c) Notwendigkeit, den Haftungsgrund der vorvertraglichen Pflichten zu untersuchen	10
II. Ältere Lehren zum Haftungsgrund der vorvertraglichen Pflichten	11
1. Die Entdeckung des allgemeinen Rechtsgedankens der c.i.c. durch Ihering	11
2. Der spätere gültige Vertragsschluß als Haftungsgrund	12
3. Die Regelung der vorvertraglichen Beziehungen durch einen vorbereitenden Vertrag	14

4. Die Begründung der vorvertraglichen Pflichten durch analoge Anwendung gesetzlicher Bestimmungen	18
III. Der soziale Kontakt als Haftungsgrund	19
1. Die Entwicklung der Lehre vom sozialen Kontakt	19
a) Die These Haupts	20
b) Die Gedankengänge Dölles	21
c) Die Ansicht Barths	22
d) Die Meinung Blomeyers	23
2. Die Bedeutung der Lehre vom sozialen Kontakt für die Ausgangsfrage	23
a) Die Rechtssphäre als Zurechnungsmerkmal der Schutzpflichten	23
b) Selbständigkeit und Unselbständigkeit des Vertreters als Kriterium für seine bzw. des Vertretenen Einstandspflicht	24
3. Kritik an der Lehre vom sozialen Kontakt	25
4. Baumerts Begründung der Lehre vom sozialen Kontakt und kritische Betrachtung derselben	27
5. Das berechnigte Anliegen der Lehre vom sozialen Kontakt	30
a) Bedürfnis nach einer Erweiterung der vorvertraglichen Haftung in bestimmten Fällen	30
b) Das von Larenz aufgestellte Erfordernis eines "geschäftlichen Kontakts" für eine vorvertrags-ähnliche Haftung	31
c) Auseinandersetzung mit Einwänden gegen die von Larenz gebrauchte Begründung	32
IV. Darstellung der Haftung für c.i.c. als einer auf Treu und Glauben beruhenden Vertrauenshaftung	35
1. Die Entstehung einer Vertrauenslage durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen	35
2. Treu und Glauben als positiv-rechtliche Grundlage der Haftung für c.i.c.	38
a) Der in der Wortbedeutung von Treu und Glauben enthaltene Hinweis auf das Vertrauen	38
b) Die Verhandlungsbeziehung als Sonderverbindung	39
c) Anwendung von Vertragsrecht auf die vorvertraglichen Pflichten	40

3. Die Verkehrssitte als Maßstab für die Schutzwürdigkeit des Verhandlungsvertrauens	41
4. Ergebnis	44
V. Zurechnung des mit dem Verhandlungseintritt des Vertreters entstehenden Schuldverhältnisses an den Vertretenen	45
1. Die Lehre Ballerstedts und Stellungnahme	45
a) Gleichstellung oder Unterordnung des Vertreters als Zurechnungsmaßstab für das vom Verhandlungsgegner in Anspruch genommene Vertrauen	45
b) Das Bestehen der Vertrauenslage zwischen Vertreter und Drittem	47
2. Anwendbarkeit des Stellvertretungsrechts auf die durch einen Vertreter erfolgte Verhandlungsaufnahme und Verhandlungsführung	49
a) Die Verhandlungsaufnahme als rechtsgeschäftsähnliche Handlung	50
aa) Die in der Verhandlungsaufnahme enthaltene Willenskundgebung	51
bb) Der geschäftliche Kontakt als Realakt	51
cc) Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Einwilligung und Genehmigung	53
b) Rechtfertigung der analogen Anwendung der Stellvertretungsregeln	55
aa) Das Erfordernis des Handelns im fremden Namen	56
bb) Notwendigkeit des Vorliegens von Verhandlungsvollmacht	56
cc) Vereinbarkeit der Anwendung der §§ 164 ff BGB mit dem Vertrauenscharakter der vorvertraglichen Pflichten	58
c) Zusammenfassung	59
VI. Die Haftung für vorvertragliches Verschulden gesetzlicher Vertreter im engeren und weiteren Sinne	60
1. Die Haftung des Kindes, Mündels oder Pflegebefohlenen für ein Verschulden ihrer Vertreter	60
a) Die in der Literatur zu diesem Problem vertretenen Ansichten	60

b)	Zurechnung der vorvertraglichen Rechte und Pflichten an den Vertretenen	63
c)	Vereinbarkeit der Haftung des Vertretenen mit dem zu seinen Gunsten bestehenden Schutzprinzip	63
d)	Weitere Argumente für eine Haftung des Vertretenen	65
2.	Haftung des Vertretenen für Verschulden des gesetzlichen Vertreters beim Abschluß von durch das Vormundschaftsgericht zu genehmigenden Verträgen	66
a)	Die Entscheidung des RG 132, 76 ff	66
b)	Befugnis des gesetzlichen Vertreters zur Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluß genehmigungspflichtiger Verträge	68
3.	Einstandspflicht des "Vertretenen" für die von "Vermögensverwaltern" begangenen vorvertraglichen Pflichtverletzungen	69
4.	Haftung des Mannes für die von der Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt begangene c.i.c.	70
VII.	Persönliche Haftung des Vertreters für c.i.c.	72
1.	Darstellung und kritische Betrachtung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs	73
a)	Die Rechtsprechung des RG und des BGH zur Haftung des Vertreters	73
b)	Das wirtschaftliche Interesse des Vertreters am erstrebten Vertragsschluß als unzureichendes Kriterium für eine Haftung	82
c)	Das besondere Vertrauen zum Vertreter als unbrauchbares Abgrenzungsmerkmal für eine Haftung	86
2.	Uneingeschränkte Haftung des Vertreters	88
3.	Die Bedeutung der Innehabung eines eigenen Geschäftskreises für die Haftung des Vertreters aus c.i.c.	92
a)	Die Haftung des Verhandlungsbevollmächtigten	92
b)	Persönliche Haftung der gesetzlichen Vertreter	96
c)	Vertretener und Vertreter als Gesamtschuldner	97
VIII.	Haftung des Erfüllungsgehilfen aus positiver Vertragsverletzung	100
1.	Die Ansicht des BGH	101

2. Kritische Betrachtung der Begründung des BGH und Entwicklung der eigenen Meinung	112
a) Einteilung der Verhaltenspflichten in leistungsbezogene Pflichten und Schutzpflichten	113
b) Unabhängigkeit der Schutzpflichten vom Vertrage	114
c) Rechtsgrund der Schutzpflichten	116
d) Haftung des Erfüllungsgehilfen wegen positiver Vertrags- verletzung bei Verletzung von Schutzpflichten	117

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|----------------------|---|
| Ballerstedt, Kurt | Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, 501-531 |
| " | Haftung des Ehegatten als Stellvertreter für culpa in contrahendo? FamRZ 1955, 200 ff |
| " | Urteilsanmerkung, JZ 1964, 325 |
| Barth, Heinrich | Der soziale Kontakt als Haftungsgrund. Ein Beitrag zur Kritik der "faktischen" Vertragsverhältnisse. Rechtswiss.Diss. Göttingen 1947 |
| Baumann, Marcel | Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht
Züricher Diss. (ohne Angabe des Erscheinungsjahres) |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch, 17. Aufl., München und Berlin 1966 |
| Baumert, Georg | Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo
Rechtswiss. Diss. Berlin 1955 |
| Baumgärtl, Gottfried | Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren,
ZZP 1956, 39 ff |
| Baur, Fritz | Zur dogmatischen Einordnung der Haftung für Verrichtungsgehilfen
Karlsruher Forum 1962 (Beiheft zum VersR)
S. 14-16, Karlsruhe 1962 |
| Becker-Riewald-Koch | Kommentar zur Reichsabgabenordnung, Band I
9. Auflage, Köln, Berlin u.a. 1963 |
| Berger, Erich | Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo de lege lata und de lege ferenda
Rechtsw. Diss. Göttingen 1935 |

- Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht,
Band I, Bern 1962
- Bettermann, Karl August Vom stellvertretenden Handeln, Aalen 1964,
Neudruck der Ausgabe Bochum 1937
- Betti, Emilio Der Grundsatz von Treu und Glauben in
rechtsgeschichtlicher und -vergleichender
Betrachtung, Festgabe zum 80. Geburtstag
von Müller-Erzbach, München 1954
- “ Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse,
Festschrift für Heinrich Lehmann zum
80. Geburtstag, I. Band, S. 253 - 270,
Berlin, Tübingen u. Frankfurt 1956
- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage,
Berlin und Frankfurt 1964
- Böhle-Stamschräder Konkursordnung, 7. Auflage, München
und Berlin 1964
- Böhmer, Emil Zum Begriff der "Verbindlichkeit",
MDR 1961, 566-567
- Brock, Walther Das negative Vertragsinteresse, Berlin 1902
- Cabjolsky, Hans Jürgen Entwicklung und heutiger Stand der Lehre von
der Haftung vom Verschulden bei Vertrags-
schluß
Rechtswiss. Diss. Freiburg 1933
- von Caemmerer, Ernst Wandlungen des Deliktsrechts in: Hundert
Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum
Hundertjährigen Bestehen des Deutschen
Juristentages, Band II, S. 49 ff,
Karlsruhe 1960 (zitiert: Juristentagsfestschrift)
- “ Diskussionsbeitrag, Karlsruher Forum 1962
(Beiheft zum VersR), S. 23, Karlsruhe 1962
- Canaris, Claus-Wilhelm Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei
Haftung aus "culpa in contrahendo", Gefähr-
dung und Aufopferung, NJW 1964, 1987 f.
- “ Haftung Dritter aus positiver Forderungsver-
letzung, VersR 1965, 114 ff

- Canaris, Claus-Wilhelm Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, 475 ff
- Christensen, K.-W. Verschulden nach Vertragsende (culpa post contractum finitum). Ein Beitrag zur Lehre von der positiven Forderungsverletzung. Rechtswiss. Diss. Kiel 1958
- Coing, Helmut System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 481 ff
- Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, Festschrift für Hans Döle, Band I, S. 25 ff, Tübingen 1963
- Cosack-Mitteis Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band. Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, 8. Auflage, Jena 1927
- Danz, Erich Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs, Berlin 1909
- Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 3. Auflage, Jena 1911
- Diederichsen, Uwe Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluß und Sachmängelgewährleistung, BB 1965, 401 ff
- Der "Vertragsschluß" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, JuS 1966, 129-139
- Diers, Ludwig Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo. Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an den Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein? Rechtswiss. Diss. Münster 1962
- Döle, Hans Außergesetzliche Schuldpflichten, ZGesStW 103, 67 ff

- Dölle, Hans Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift
Fritz Schulz, 2. Band, S. 268 ff, Weimar
1951
- " Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des
42. Deutschen Juristentages, Band II, Teil B,
Tübingen 1958
- " Familienrecht
Band I, Karlsruhe 1964
Band II, Karlsruhe 1965
- Dömpke, Gerhard Die Grundlage und der Umfang der Haftung
für Verhalten bei Vertragsverhandlungen.
Abhandlungen der Rechts- und Staatswissen-
schaftlichen Fakultät der Universität Königs-
berg. Heft 4 Breslau-Neukirch 1933
- Dorn, Horst Die Übernahme der Geschäftsführung ohne
Auftrag. Zugleich ein Versuch, den Anwen-
dungsbereich der §§ 677 ff BGB zu erweitern.
Rechtswiss. Diss. 1960 Erlangen
- " Strukturgleichheit zwischen faktischen Ver-
tragsverhältnissen und Geschäftsführung ohne
Auftrag, NJW 1964, 799-804
- Eichler, Hermann Die Rechtslehre vom Vertrauen
Tübingen 1950
- Elger, Hermann Nachwirkungen nach Ende des Rechtsverhält-
nisses im BGB
Rechtswiss. Diss. Münster 1936
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung,
Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959
2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960
- Erman, Walter Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei
Vertragsverhandlungen, AcP 139, 273 ff
- " Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
3. Auflage, 1. Band, Münster 1962

- Erman, Walter Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag, NJW 1965, 421-424
- Esser, Josef Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, Wien 1949
- Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts
Tübingen 1956
- Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse", AcP 157, 86-99
- Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil. Ein Lehrbuch. 2. Auflage, Karlsruhe 1960
- Faber, Friedrich Die Haftung des Vertretenen für das Verschulden des Stellvertreters beim Vertragsschluß
Rechtswiss. Diss. Tübingen 1926
- Fahr, Ulrich Die Neuregelung der Schlüsselgewalt durch das Gleichberechtigungsgesetz. Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, Band 16, Bielefeld 1962
- Fechner, Erich Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942
- Feder, Ernst Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch
Berlin 1902
- Fikentscher, Wolfgang Das Schuldrecht, Berlin 1965
- Fischbach Vorbereitende Rechtsverhältnisse, ArchBR 41, 160-170
- Fischer, Hans-Detlev Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung. Beiträge zum Problem des fiktiven Vertrages
Abhandlungen aus dem Kieler Seminar für Deutsches Gemeinrecht, Heft 2, Heide i. Holst. 1938
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift Deutscher Juristentag 1860-1960, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Band I, S. 135 ff, Karlsruhe 1960
(zitiert: Juristentagsfestschrift)

- Flume, Werner Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161, 52 ff
- ' Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2. Band. Das Rechtsgeschäft. Berlin, Heidelberg, New York 1965
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 8. Auflage, Münster und Berlin 1961
- Fürst, Rudolf Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften, LZ 1910, 177-189
- Geiß, Hans Die Grundlagen der Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß und die Haftung für fremdes Verschulden bei Vertragsschluß
Rechtswiss. Diss. Göttingen 1938
- Geppert Arglist des Vertreters beim Vertragsschluß, Recht 1915, 264 ff
- 59 Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß, Gruch Beitr 69, 529 ff
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts
München und Berlin 1964
- Grandpair, Fritz Haftung für culpa in contrahendo auf dem Gebiete der vormundschaftlichen Vertretung
Rechtswiss. Diss. Erlangen 1950
- Grimm, Jakob und Wilhelm Deutsches Wörterbuch
4. Band, 1. Abteilung, IV. Teil,
1. Lieferung, Leipzig 1912
11. Band, 1. Abteilung, II. Teil,
1. Lieferung, Leipzig 1932
- Hagemann, Hermann Haftung für Vertreter und Gehilfen im Sinne des § 463 BGB
Rechtswiss. Diss. Göttingen 1928
- Hahn, Heinrich-Rudolf Kann die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung oder die Formel von der unzulässigen Ausübung eines Rechtsstandpunktes zur Begründung von Ansprüchen dienen (§ 242 BGB)?
Rechtswiss. Diss. Marburg 1952

- Hamburger, Max Treu und Glauben im Verkehr, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
- Hartmann, Gustav Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens, AcP 72, 161 ff
- Hassel, Gernot Die "Culpa in contrahendo" mit Rücksicht auf die Entwicklung der neueren reichsgerichtlichen Rechtsprechung
Rechtswiss. Diss. Erlangen 1949
- Haupt, Günter Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipz. rechtswiss. Studien, Heft 124, Leipzig 1941
- Haupt, Peter Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption
Weimar 1941
- Heck, Philipp Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Hedemann, Justus-W. Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Jena 1929
Die Flucht in die Generalklauseln.
Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933
Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches,
3. Auflage, Berlin 1949
- Heldrich, Karl Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung,
Leipz. rechtswiss. Studien, Heft 7, Leipzig 1924
- Herholz, Felix Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130, 257-324
- Heyne, Moritz Deutsches Wörterbuch, Band 5, Leipzig 1895
- Hildebrandt, Heinz Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts, Berlin und Leipzig 1931
- Hubmann, Heinrich Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155, 85 ff
- Hübschmann, Walter Die Problematik der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Festschrift für Armin Spitaler, Köln 1958

- Hueck, Alfred Der Treuegedanke im modernen Privatrecht.
Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie
der Wissenschaften 1944/1946, Heft 7,
München 1947
- Hupka, Josef Die Vollmacht, Leipzig 1900
- Jaeger, Ernst Kommentar zur Konkursordnung, 1. und 2.
Band, 8. Auflage, Berlin 1958
- Ihering, Rudolf Culpa in contrahendo oder Schadensersatz
bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelang-
ten Verträgen, Iher Jb 4, 1-112
- " Geist des römischen Rechts auf den verschiede-
nen Stufen seiner Entwicklung
3. Teil, 1. Abteilung, 3. Auflage,
Leipzig 1877
- Jörs-Kunkel Römisches Privatrecht, 3. Auflage,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- Josef, Eugen Bemerkungen zur Lehre von der Haftung
für die Verkehrssicherheit von privaten und
Berufsräumen, Gruch 52, 525-544
- Kaser, Max Römisches Privatrecht, 4. Auflage,
München und Berlin 1965
- Kiehl Ansprüche des Käufers im Falle der Arglist
des Bevollmächtigten des Verkäufers beim
Kaufabschlusse, Gruch 63, 257 ff
- Kinze, Walter Verschulden bei den Vertragsverhandlungen
und Positive Vertragsverletzung
Rechtswiss. Diss. Frankfurt a.M. 1936
- Klein, Peter Die Rechtshandlungen im engeren Sinne,
München 1912
- Kober, Hermann Die Haftung für Verschulden bei Vertragsver-
handlungen (culpa in contrahendo) und die
Haftung für ein solches des Vertreters
Rechtswiss. Diss. Breslau 1930
- Kreß, Hugo Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts,
München 1929

Kruse, Gertrud	Das Problem der Culpa in contrahendo: Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung gesetzlicher Verhandlungspflichten Rechtswiss. Diss. Marburg 1936
Kuhlenbeck	Zur Lehre von sog. negativen Vertragsinteresse, DJZ 1905, 1142-1146
Lange, Heinrich	BGB Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München und Berlin 1964
Larenz, Karl	Vertrag und Unrecht Band I, Hamburg 1936, Band II, Hamburg 1937
"	Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", MDR 1954, 515-518
"	Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S. 275-305
"	Methodenlehre der Rechtswissenschaft (zitiert: Methodenlehre), Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
"	Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechts- dogmatik, JZ 1962, 105 ff
"	Lehrbuch des Schuldrechts 1. Band, Allgemeiner Teil (zitiert: SR I) 7. Auflage, München und Berlin 1964 2. Band, Besonderer Teil (zitiert: SR II) 7. Auflage, München und Berlin 1965
"	Die Prinzipien der Schadenszurechnung, JuS 1965, 373-379
Lehmann, Heinrich	Das "faktische" Vertragsverhältnis, Iher Jb 90, 131-144
"	Urteilsanmerkung, JZ 1955, 158
"	Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1-5
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin 1966
Leonhard, Franz	Verschulden beim Vertragsschlusse, Berlin 1910

- Leonhard, Franz Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1. Band, München und Leipzig 1929
- Levy, Ernst Urteilsanmerkung, JW 1922, 1313
- Lorberg, Fritz Die Haftung für culpa in contrahendo des Stellvertreters unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts
Rechtswiss. Diss. Kiel 1931
- Manigk, Alfred Willenserklärung und Willensgeschäft. Ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen, Berlin 1907
- " Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht, Festschrift E. Heymann, 1931, S. 390 ff
- " Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939
- Maurer, Eva Probleme der modernen Schlüsselgewalt
Rechtswiss. Diss. Hamburg 1959
- Medicus, Dieter Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, Jus 1965, 209-218
- Meier-Hayoz Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluß. Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag.
Züricher Beiträge Heft 151, Aarau 1948
- Mentzel-Kuhn Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage, Frankfurt 1962
- Michaelis, Karl Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940, Band II, Leipzig 1943
- Mitteis, Ludwig Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts
Neudruck der Ausgabe Wien 1885 Aalen 1962

Motive	Zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1896
Mühlich, Horst	Begrenzung und Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen (<i>culpa in contrahendo</i>) unter besonderer Berücksichtigung des Stellvertretungsproblems Rechtswiss. Diss. Leipzig 1933
Müller, Heinz-Helmut	Arglistige Täuschung durch Stellvertreter Rechtswiss. Diss. 1935
Müller, Ulrich	Die Treupflicht im Bürgerlichen Recht, DJZ 1935, 269
Müller, Willi	Zur Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im Zivilprozeß, JR 1962, 441-449
Müller-Eisert, F.A.	Vertragslehre. Der Schuldvertrag und der Haftungsvertrag, Stuttgart 1947
Müller-Erbach, Rudolf	Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905
"	Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, Tübingen 1912
"	Der Rechtsmißbrauch, Universitas 1949, 1423-1430
Müller-Freienfels, W.	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Mugdan, B.	Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Berlin 1899
Negendanck, Rolf	Zur Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß Rechtswiss. Diss. Marburg 1928
Nikisch, Arthur	Über "faktische Vertragsverhältnisse", Festschrift für Hans Dölle, Band I, S. 79 ff, Tübingen 1963

- Nirk, Rudolf Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa
in contrahendo, Rabels Zeitschrift 18,
310-355
- Urteilsanmerkung, JZ 1952, 593
- Oertmann, Paul Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und
seinen Nebengesetzen, 2. Buch, Recht der
Schuldverhältnisse, 3./4. Auflage,
Berlin 1910; 5. Auflage, Berlin 1928
- Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschul-
den bei Vertragsschluß, insbesondere für
Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des
Werkvertrages, LZ 1914, 513-524
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 25. Auflage,
München und Berlin 1966
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
nebst Einführungsgesetz
I. Band, 4. Auflage, Berlin 1913
II. Band, 1. Hälfte, 4. Auflage, Berlin 1914
- Plum Urteilsanmerkung, JW 1931, 2233
- Polenske, K. Zum Begriff des Gastschaftsvertrages, AcP
114, 415-424
- Pritsch Urteilsanmerkung, LM Nr. 19 zu § 18 Abs. I
Ziff. 2 UmstG
- Raiser, L. Diskussionsbeitrag, Karlsruher Forum 1962
(Beiheft zum VersR), S. 26, Karlsruhe 1962
- Raiser, Rolf Schadenshaftung bei verstecktem Dissens,
AcP 127, 1-45
- Urteilsanmerkung, JW 1928, 2636
- Regelsberger, F. Gesetz und Rechtsanwendung, Iher Jb 58,
146-174

- Reichsgerichtsräte-Kommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
I. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959
I. Band, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960
II. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959
IV. Band, 1. Teil, 10./11. Aufl., Berlin 1960
- „
(zitiert: HGB-RGRK - und Verfasser) Kommentar zum Handelsgesetzbuch
1. Band, 2. Auflage, Berlin 1953
3. Band, 2. Auflage, Berlin 1963
- Reinicke, Dres. G und D Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs, NJW 1951, 681 ff
- „ Zur Haftung des Mannes, der seine Frau rechtsgeschäftlich vertreten hat, NJW 1955, 533 ff
- Richter, Hermann Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen, JW 1921, 664-665
- Riehl Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter, Gruch 60, 790 ff, 897 ff
- Rosenthal-Bohnenberg Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, Köln 1965
- Rother, Werner Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München und Berlin 1965
- Rümelin, Max Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910
- Rumpf, Max Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, AcP 119, 1 ff
- Sanders, Daniel Handwörterbuch der Deutschen Sprache. Neubearbeitet von Ernst Wülfing, 8. Auflage, Leipzig 1910
- Schilling, Wolfgang Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts, JZ 1953, 489

- Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1960
- Schlegelberger-Vogels Kommentar zum BGB, Band I, Berlin 1939
- Schless, Robert Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, Leipz.rechtswiss. Studien, Heft 66, Leipzig 1931
- Schlosser, Peter Inanspruchnahme des Mannes aus nichtrechtsgeschäftlichem Verhalten der Ehefrau im Haushalt, FamRZ 1961, 287-295
- Schlossmann, Siegmund Die Lehre von der Stellvertretung
1. Teil, Leipzig 1900
2. Teil, Leipzig 1902
- Schneider, Konrad Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1902
- Siber, Heinrich Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iher Jb 70, 223 ff
- Die Prozeßführung des Vermögensverwalters nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Festschrift für Wach, S. 1-102, München und Leipzig 1918
- Siebert, Wolfgang Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934
- Simitis, Spiro Die Faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a.M., 1957
- Simonius, August Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag, S. 233 ff, Basel 1942
- Soergel Kommentar zum BGB, 8. Auflage, Stuttgart und Köln 1952

- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen
Band I, 9. Auflage, Stuttgart 1959
Band II, 9. Auflage, Stuttgart 1962
Band IV, 9. Auflage, Stuttgart 1963
Band V, 9. Auflage, Stuttgart 1961
(zitiert: Siebert- und Verfasser; soweit Siebert
der Verfasser ist, Soergel-Siebert)
- von Spreckelsen, Hans Der Begriff des privatrechtlichen Amtes unter
besonderer Berücksichtigung der Testamentsvoll-
streckung. Studien zur Erläuterung des Bürgerli-
chen Rechts, 41. Heft, Breslau 1927
- Stammier, Rudolf Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allge-
meinen Lehren, Berlin 1897
- J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen
II. Band, 1. Teil, 9. Auflage, München, Berlin,
Leipzig 1930
II. Band, 1. Teil, 10. Auflage
I. Band, 11. Auflage, Berlin 1957
I. Band, Teil 1 b, 11. Auflage, Berlin 1961
II. Band, Teil 1 c, Lieferung 2, 11. Auflage,
Berlin 1962
II. Band, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1955
II. Band, 3. Teil, 11. Auflage, Berlin 1958
III. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1956
IV. Band, 1. Teil, Lieferung 1, 10./11. Auflage,
Berlin 1964
IV. Band, 3. Teil, Lieferung 2, 10./11. Auflage,
Berlin 1964
V. Band, 2. Teil, 10./11. Auflage, Berlin 1960
- Steffen, Clemens Culpa in contrahendo und Stellvertretung
Rechtswiss. Diss. 1933
- Steinberg, Wilhelm Die Haftung für Culpa in contrahendo
Rechtswiss. Diss. Bonn 1930
- Stoll, Heinrich Haftung für das Verhalten während der Vertrags-
verhandlungen, LZ 1923, 532 ff
- .. Urteilsanmerkung, JW 1928, 1285

Stoll, Heinrich	Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131, 141-185
"	Besprechung von Hildebrandts Erklärungshaftung, JW 1933, 34
"	Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136, 257-320
"	Die Lehre von den Leistungsstörungen. Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Tübingen 1936
"	Vertrag und Unrecht. Grundriß des Deutschen Rechts. 1. und 2. Halbband, Tübingen 1936
Stoll-Felgentraeger	Vertrag und Unrecht, Grundrisse des Deutschen Rechts. 1. und 2. Halbband, 3. Auflage, Tübingen 1943
Titze, Heinrich	Das Verschulden beim Vertragsschluß, DJZ 1925, 490-491
"	Besprechung von Wilhelm Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, JW 1931, 512-513
"	Verschulden beim Vertragsschluß in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Band VI, S. 516-523. Berlin und Leipzig 1929
von Tuhr, Andreas	Schadensersatz bei Dissens, AcP 121, 359-361
"	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Band, 1. Hälfte, und 2. Band, 2. Hälfte, Berlin 1957 (unveränderter Nachdruck der 1910, 1914, 1918 erschienenen ersten Auflage)
Unger, Klaus-Dietrich	Culpa in contrahendo und faktische Vertragsverhältnisse Rechtswiss. Diss. Köln 1949
Warneyer	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 2. Auflage, Tübingen 1930

Wendt	Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldver- hältnisse, AcP 100, 1 ff
Wesenberg, Gerhard	Zum Stand der Diskussion um die Faktischen Vertragsverhältnisse, DRiZ 1953, 19
Westermann, Harry	Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Auflage, Karlsruhe 1960 (zitiert: SaR)
"	Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961, 333-343, 382-387
Wieacker, Franz	Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, ZAkDR 1943, 33-38
"	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956
Wilburg, Walter	Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941
"	Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163, 346-379
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 9. Auflage, Frankfurt a.M. 1906
Wolf, Ernst	Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153, 97-144
Wolff-Raiser	Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
Zepos, Panajiotis	Zu einer "gestalttheoretischen" Auffassung des Schuldverhältnisses, AcP 155, 486-494

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für civilistische Praxis
ArchBR	Archiv für Bürgerliches Recht
BB	Der Betriebsberater Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht
Betrieb	Der Betrieb Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Steuern und Wirtschaftsrecht
BGH	Bundesgerichtshof oder Entscheidungen des Bundesgerichtes in Zivilsachen
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FR	Familienrecht
Gruch	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
HRR	Höchsttrichterliche Rechtsprechung
IherJb	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Leipz. Rechtsw. Studien	Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Leipziger Juristen-Fakultät
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivil - sachen, herausgegeben von Lindenmeier und Möhrung

LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht oder Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RebelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. Begründet von Ernst Rabel
Recht	Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker
RG	Reichsgericht oder Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SaR	Sachenrecht
SchleswigHolstAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen. Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SR	Schuldrecht
StRK	Steuerrechtsprechung in Karteiform
Universitas	Universitas. Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VRS	Verkehrsrechtssammlung. Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts
WarnR	Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts, herausgegeben von Otto Warneyer
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

ZgesStW

Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

ZZP

Zeitschrift für Zivilprozeß

A. PROBLEMSTELLUNG

Nachdem Piering seinen Aufsatz "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen" im Jahre 1861 veröffentlicht hatte¹⁾, wurde das Rechtsinstitut der c.i.c. in jahrzehntelanger wissenschaftlicher Diskussion im Grundsatz für richtig erachtet, in der Rechtsprechung stets angewandt und so in das allgemeine Rechtsbewußtsein aufgenommen. Heute wird die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß als Gewohnheitsrecht auf Grund schöpferischer Rechtsfortbildung anerkannt²⁾.

Da die Verhandlungspartner für die Verletzung vorvertraglicher Pflichten nach vertraglichen Grundsätzen einzustehen haben, besteht eine Haftung für reine Vermögensverletzung, und der Geschäftsherr hat, wie im nächsten Kapitel näher dargelegt wird, ein Verschulden seiner Verhandlungsgenossen im gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes (§ 278 BGB). Dieses Ergebnis erschien wünschenswert, weil nach dem sonst zur Anwendung gelangenden Deliktsrecht, abgesehen von den besonderen Fällen der §§ 823 Abs. II, 826 BGB, die Verantwortlichkeit auf die Verletzung absoluter Rechtsgüter beschränkt ist und der Geschäftsherr die Möglichkeit hat, sich der Haftung zu entziehen auf Grund des in § 831 Abs. I Satz 2 BGB gewährten Entlastungsbeweises zu entziehen.

Obwohl das Institut der c.i.c. eine feste, aus unserer Rechtsordnung nicht mehr wegzudenkende Stelle eingenommen und eine Reihe von Problemen noch ungeklärt, insbesondere das Problem, dessen Untersuchung die vorliegenden Ausführungen dienen sollen: Wer haftet aus c.i.c., wenn ein Verhandlungspartner die Vertragsverhandlungen durch einen Stellvertreter eröffnen und führen laßt und dieser schuldhaft vorvertragliche Pflichten verletzt, der Vertretene, der Stellvertreter oder beide nebeneinander?

Obwohl es an Hinweisen auf dieses Problem in der Literatur nicht fehlt⁴⁾, ist es

- 1) Ihering Jb 4, 1-112.
- 2) Heldrich S. 55; Hassel S. 16; Steinberg S. 89; Erman-Groepper § 276 Anm. 8b; Fischer S. 72; Larenz, Methodenlehre S. 304/305; ders., Festschrift für Nikisch S. 275 (276); Staudinger-Brändel Einl. § 1 Anm. 42.
- 3) Vgl. v. Caemmerer, Juristentagsfestschrift S. 49 (56 ff); Larenz, Vertrag und Unrecht Bd. II, S. 80; Oertmann LZ 1914, 513 (517); Enneccerus-Lehmann § 43 III; Siebert-Reimer-Schmidt Bem. 12 vor § 275; Esser AcP 157, 86 (89); Fikentscher, SR § 20 III 5, S. 65.
- 4) Vgl. Hildebrandt S. 299/300; Staudinger-Werner, 9. Aufl., § 278 Anm. 2b Fn.; Mühlich, S. 30 ff; Stoll JW 1928, 1285; Staudinger-Coing § 164 Anm. 17a-c; Siebert-Schultze v. Lasaulx § 164 Bem. 4.

bisher lediglich von Ballerstedt in seinem bekannten Aufsatz "Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter" ¹⁾ umfassend erörtert worden. Die grundlegende Bedeutung dieser Abhandlung zeigt sich darin, daß Ballerstedts Gedanken von Lehre und Rechtsprechung allgemein als richtig anerkannt und seine Ergebnisse im wesentlichen übernommen worden sind. Auch im Verlaufe der vorliegenden Arbeit ergab sich trotz mancher abweichenden Begründungen eine weitgehende Übereinstimmung mit den Ergebnissen Ballerstedts. Eine gänzlich andere Auffassung erschien nur in den Fällen der Haftung des Vertretenen für vorvertragliches Verschulden seines gesetzlichen Vertreters gerechtfertigt. Bevor jedoch auf diese Teilfrage eingegangen wird, soll zunächst die Haftung des Vertretenen für c.i.c. seines durch Rechtsgeschäft bestellten Vertreters untersucht werden.

1) Ballerstedt AcP 151, 501-531.

B. AUSFÜHRUNGEN

I. DIE RECHTSNATUR DER VORVERTRAGLICHEN PFLICHTEN UND DES VERHANDLUNGSVERHÄLTNISSSES ALS AUSGANGSPUNKT FÜR DIE LÖSUNG DER FRAGE, OB DER VERTRETENE FÜR EIN VORVERTRAGLICHES VERSCHULDEN SEINES VERTRETERS IM RAHMEN DES § 831 BGB ODER DES § 278 BGB EINZUSTEHEN HAT

1. Das Verhandlungsverhältnis als Schuldverhältnis und die vorvertraglichen Pflichten als Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB

Nachdem man sich im Prinzip über das Bestehen vorvertraglicher Pflichten einig war, wurde unser Problem zunächst nur unter dem Gesichtspunkt erörtert, ob der Vertretene für ein vorvertragliches Verschulden seines Vertreters im Rahmen des § 831 BGB oder des § 278 BGB einzustehen hat. Die Motive hatten die Lösung dieser Frage der Wissenschaft überlassen und hierzu ausgeführt ¹⁾:

"Ob und inwieweit der Vertretene für eine von dem Vertreter bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts begangene Fahrlässigkeit (c. i. c.) einzustehen hat, hängt davon ab, ob in dem Begehen dieser Fahrlässigkeit eine unerlaubte Handlung oder lediglich eine Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zu erblicken ist."

Von diesem Vorschlag ausgehend, versuchte die Wissenschaft die aufgeworfene Frage dadurch zu klären, daß sie, ohne auf den eigentlichen Haftungsgrund der c. i. c. einzugehen, allein die Rechtsnatur des Verhandlungsverhältnisses und der vorvertraglichen Pflichten betrachtete.

Nur anfangs wurde die Ansicht vertreten, der Geschäftsherr hafte für ein Verschulden seiner Vertreter im Rahmen des § 831 BGB, weil die Verletzung vorvertraglicher Pflichten eine unerlaubte Handlung darstelle ²⁾.

Aber schon bald gab man diese deliktische Betrachtungsweise auf und sah die Verhandlungspflichten als Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB und das Verhandlungsverhältnis als Schuldverhältnis an.

1) Mot I, 228 = Mugdan I, 478.

2) Feder S. 27; Riehl GruchBeitr 60, 790 (903); Kiehl GruchBeitr 63, 257 (261); RG 61, 207 (213).

a) Entwicklung dieses Gedankens in der Rechtslehre

Bereits von Tuhr¹⁾ hatte angenommen, daß schon im Stadium der Vertragsverhandlungen unter den Parteien ein Rechtsverhältnis besteht, aus dem bestimmte Pflichten entspringen.

Im Anschluß daran bezeichnete Stoll²⁾ dieses Rechtsverhältnis genauer als Schuldverhältnis, da es die Parteien einander zu Handlungen und Unterlassungen verpflichte. Er versuchte es dogmatisch mit seiner Theorie vom Schuldverhältnis als Organismus zu erfassen. Sobald zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis mit Unterlassungs- und Handlungspflichten begründet wird, entsteht nach seiner Ansicht ein Schuldverhältnis. Dieses kann die äußere Gestalt, die Erscheinungsform beliebig wechseln und nimmt einen anderen Inhalt an, wenn es zum Vertrage kommt; der Organismus bleibt aber immer der gleiche.

Unabhängig von der Frage, ob das vertragliche Schuldverhältnis seiner Struktur nach ein Organismus ist³⁾, begegnet es Bedenken, Verhandlungsverhältnis und Vertrag als Erscheinungsformen ein und desselben Organismus anzusehen⁴⁾. Beide unterscheiden sich nämlich dadurch, daß den Parteien während der Verhandlungen lediglich verschiedenartige Verhaltenspflichten obliegen, während das Kennzeichnende des Vertrages bestimmte Hauptleistungspflichten sind⁵⁾. Ein Zusammenhang zwischen beiden ist, wie später noch dargelegt werden soll⁶⁾, nur insoweit gegeben, als die vor und während des Vertrages bestehenden "weiteren Verhaltenspflichten"⁷⁾ weitgehend inhaltlich übereinstimmen und auf dem gleichen Haftungsgrund beruhen.

Die Lehre Stolls führte Herholz⁸⁾ weiter. Nach seiner Ansicht sind Personen, die aneinander herantreten, um einen Vertrag zu schließen, verpflichtet, die mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen verbundenen Gefahren jeweils vom

1) von Tuhr, AT, Bd II, 1. Hälfte, S. 486 ff.

2) Stoll LZ 1923, 532 (544/545).

3) Ausführlich zu diesem Problem Larenz, SR I, § 2 V, der statt vom Schuldverhältnis als Organismus vom Schuldverhältnis als "Gefüge"- und "Prozeß" spricht. Vgl. auch Zepos, AcP 155, 486-494, der eine "gestalttheoretische" Auffassung vom Schuldverhältnis vertritt.

4) Kritisch auch Ballerstedt AcP 151, 501 (504).

5) Larenz JZ 1962, 105 (109) bezeichnet daher das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen als "Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten".

6) Vgl. unten S. 109 ff.

7) Larenz JZ 1962, 105 (109).

8) Herholz AcP 130, 257-324.

anderen Teil abzuwenden. Mit der Aufnahme dieser noch losen und allgemeinen rechtsgeschäftlichen Beziehungen wird, wie Herholz meint, ein Schuldverhältnis geschaffen, das auch weiterbesteht, wenn ein Vertrag geschlossen wird, und das bis zur Erfüllung des Vertrages und noch darüber hinaus fort dauert, bis sämtliche rechtsgeschäftlichen Verknüpfungen beseitigt sind. Dieses Schuldverhältnis, "das seinen Bestand unabhängig von dem des Vertrages bewahrt", stellt er als "konstante Rahmenbeziehung" der "durch den konkreten Vertrag geschaffenen Leistungs-, Inhalts- oder Vertragsbeziehung" gegenüber. In ihm findet er eine "gemeinsame Basis" für die Ansprüche aus c. i. c. und positiver Forderungsverletzung¹⁾.

Wie bei der Erörterung des Haftungsgrundes der nebenvertraglichen Pflichten noch gezeigt wird, kann der Ansicht von Herholz, daß bereits in den unabhängig vom Vertrage bestehenden tatsächlichen Beziehungen der Parteien die Grundlage der Ansprüche aus c. i. c. und positiver Forderungsverletzung zu sehen ist, im Prinzip zugestimmt werden²⁾. Allerdings gibt Herholz keine rechtliche Begründung für dieses besondere Schuldverhältnis, insbesondere zeigt er nicht auf, worin das haftungsbegründende Moment für die vor, während und nach dem Vertrage bestehenden weiteren Verhaltenspflichten liegt.

Auf diese Fragen, wie das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen dogmatisch einzuordnen ist, gilt man im allgemeinen nicht näher ein. Manche Autoren verzichten in diesem Zusammenhang ganz auf den Ausdruck Schuldverhältnis, weil sie ihm keinen besonderen Wert beimaßen³⁾. Unabhängig davon wird jedoch im Anschluß an die Untersuchungen von Stoll und Herholz die Ansicht von der schuldrechtlichen Natur der vorvertraglichen Pflichten fast allgemein in der Lehre⁴⁾ und Rechtsprechung⁵⁾ geteilt.

-
- 1) Herholz a. a. O. S. 276/277; zustimmend Hassel S. 63; Lorberg S. 42/43; vgl. auch Wolf AcP 153, 97 (113 Fn. 78).
 - 2) Vgl. unten S. 109 ff.
 - 3) Vgl. Raiser AcP 127, 1 (23); Steinberg S. 91; Staudinger-Werner, 11. Aufl., Vorbem. 99 zu §§ 275-292.
 - 4) Hassel S. 49; Dömpke S. 76; Berger S. 35; Kinze S. 44; Blomeyer SR, S. 72; Grandpair S. 37.
 - 5) RG 78, 239 (240); BGH 6, 330 (333).

b) Die von Faber und Geiß gegen die schuldrechtliche Natur der vorvertraglichen Pflichten geltend gemachten Bedenken

Nediglich Faber¹⁾ und Geiß²⁾ haben angenommen, die vorvertraglichen Sorgfaltspflichten seien keine Forderungsrechte im Sinne des § 241 BGB, sondern Lasten, und haben darin geglaubt, das Verhandlungsverhältnis sei kein Schuldverhältnis. Nach Ansicht Fabers beinhaltet nämlich eine "echte Pflicht" das Recht des Gläubigers, diese im Wege der Leistungsklage und anschließenden Zwangsvollstreckung durchsetzen zu können. Der Gläubiger einer vorvertraglichen Pflicht könne jedoch nicht auf ihre Erfüllung klagen, sondern lediglich im Falle ihrer Verletzung einen Schadensersatzanspruch geltend machen³⁾.

Faber erkennt jedoch, daß Leistungsklage und Zwangsvollstreckung zwar "natürgemäße und regelmäßige Folgen des Forderungsrechts", aber nicht in ihm als unmittelbarer Inhalt enthalten sind⁴⁾. Eine Klage auf Erfüllung der vorvertraglichen Pflichten ist vielmehr in der Regel deshalb nicht möglich, weil sie wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig ist⁵⁾. Solange nämlich dem Gläubiger kein Schaden entstanden ist, hat er keinen Anlaß zur Klage. Außerdem weiß er meistens nicht, wie er diese substantiieren soll⁶⁾, da es viele Möglichkeiten gibt, Verhandlungspflichten zu verletzen. Selbst bei genügender Konkretisierung mangelt es am Rechtsschutzbedürfnis, weil der Verhandlungspartner jederzeit die Verhandlungen abbrechen kann, um einer Verurteilung zu entgehen. Im allgemeinen erschöpft sich daher die Bedeutung der vorvertraglichen Pflichten darin, daß im Falle ihrer Verletzung eine Schadensersatzpflicht entsteht⁷⁾.

1) Faber S. 66/67.

2) Geiß S. 23-25.

3) Vgl. auch Unger S. 117: "Denn sollte jemand darauf verklagt werden können, in abstracto alle Schädigungen seines Kontrahenten zu unterlassen? Nicht die Verpflichtung zu einer Unterlassung, wohl aber die Unbestimmbarkeit dieser Verpflichtung steht einer Gläubigerstellung entgegen."

4) Enneccerus-Lehmann § 2 II; Larenz, SR I, § 2 III; Hildebrandt S. 290; Berger S. 35.

5) Grandpaire S. 38 ff; Berger S. 35; Hildebrandt S. 137; Hassel S. 49.

6) Vgl. das Erfordernis des bestimmten Klagebetrags in § 253 Abs. II Ziff. 2 ZPO.

7) Larenz SR I, S. 39; ders. JZ 1962, 105 (109); Soergel-Siebert § 242 Bem. 70; Lehmann NJW 1958, 1 (2); vgl. auch Kreß, SR, § 23, 1-3, der von einem "unentwickelten Anspruch" spricht.

in einer in diesem Zusammenhang häufig zitierten Entscheidung hat das Schleswig-Holsteinische OLG allerdings den Eigentümer eines Grundstücks, das er zu einem Teil dem Kläger verpachtet und über das er diesem ein auf zwölf Jahre bindendes Verkaufsangebot gemacht hatte, das verurteilt, dem Kläger bestimmte, das Grundstück betreffende Auskünfte zu erteilen, damit dieser sich Klarheit darüber verschaffen konnte, ob er das Angebot annehmen solle ¹⁾. Da dieses Urteil dem Grundsatz, daß auf Erfüllung vorvertraglicher Pflichten nicht geklagt werden kann, scheinbar widerspricht, wird es vielfach abgelehnt ²⁾. Zwar ist anzugeben, daß die Parteien sich noch in gewisser Weise im Verhandlungsstadium befanden, da der Kaufvertrag über das Grundstück noch keineswegs geschlossen war. Andererseits ist aber zu bedenken, daß die Einräumung eines Options- bzw. Ankufsrechts ³⁾, wie sie hier vorlag, eine rechtliche Bindung unter den Parteien bewirkte, die weit über die einer bloßen Verhandlungsbeziehung, die die Beteiligten jederzeit abbrechen konnten, hinausgeht. Zutreffend hat daher das OLG eine Klage auf Erfüllung der Offenbarungspflicht im Hinblick auf die langjährige Bindung an das Verkaufsangebot zugelassen ⁴⁾.

c) Anwendung des § 278 BGB durch die herrschende Meinung

Mit der Annahme, daß das Verhandlungsverhältnis ein Schuldverhältnis ist ⁵⁾ und die vorvertraglichen Pflichten Verbindlichkeiten darstellen, waren die Voraussetzungen gegeben, den Vertretern für ein vorvertragliches Verschulden seiner Vertreter gemäß § 278 BGB halten zu lassen ⁶⁾. Sogar die Autoren, die echte schuldrechtliche Pflichten leugneten, wandten unter Berufung auf 'prak-

1) Schleswig-Holst. OLG JZ 1952, 592.

2) Eingehend Nirk JZ 1952, 593; ebenfalls Diers S. 22 Fn. 46; Erman-Groepper § 276 Anm. 8b.

3) Vgl. zu diesen Begriffen Larenz, SR II, § 40 IV 3.

4) Ebenso Soergel-Stiebert I 242 Bem. 57, Rosenthal-Jonnenberg § 276 Anm. III, Rdnr. 834.

5) Dieses Schuldverhältnis ist übrigens weder ein gegenseitiges noch ein zweiseitiges (Ballerstedt AcP 151, 501 (504); Baumert S. 33); Ein gegenseitiges ist es nicht, da die Sorgfaltspflichten eine Verhandlungspartei nicht deshalb treffen, weil sie auch für die andere bestehen. Ein zweiseitiges Schuldverhältnis ist es nicht, weil die Pflichten auf der einen Seite ohne Mitwirkung auf der anderen entstehen können, wie bei der einseitigen Einleitung von Vertragsverhandlungen.

6) Vgl. Dömpke S. 76; Fischbach ArchBR 41, 160 (161); Fürst LZ 1910, 177 (181); Berger S. 39; Kreß, SR, § 23, 2 c; Kober S. 39/40; Steffen S. 60; Hildebrandt S. 291 mit weiteren Nachweisen in Fn. 79.

tisches Bedürfnis und Billigkeit" § 278 BGB entsprechend an¹⁾. Faber lehnt allerdings wegen des von ihm angenommenen Lastencharakters der vorvertraglichen Pflichten die Anwendung des § 278 BGB ganz ab²⁾. Die Heranziehung dieser Bestimmung erscheint auch Mühlisch³⁾ unbillig, weil der Geschäftsherr an den Handlungen des Vertreters "völlig unschuldig" sei.

Ebenso wie der überwiegende Teil der Lehre ließ auch die Rechtsprechung eine Verhandlungspartei für das Verschulden ihrer Vertreter unbedingt eintreten. Indem sie dem Verhandlungsverhältnis "vertragsähnlichen Charakter"⁴⁾ beimaß, wandte sie § 278 BGB aus der Erwägung an, daß die gegenteilige Meinung "zu einer Bevorzugung der Inhaber von Großbetrieben, die fast nie persönlich mit ihren Vertragsgegnern verhandeln, und zu einer Benachteiligung der mit ihnen in Vertragsverhandlungen tretenden Personen" führen würde, "die mit Sinn und Zweck des Gesetzes unvereinbar ist"⁵⁾. Gleichgültig war es, ob der Vertreter die Sorgfaltspflichten fahrlässig oder vorsätzlich verletzte⁶⁾.

Dieses Ergebnis, daß § 278 BGB auf das vorvertragliche Schuldverhältnis anwendbar ist und somit der Vertretene im allgemeinen unbedingt für jedes vorvertragliche Verschulden seines Vertreters einzustehen hat, ist heute unbestritten⁸⁾.

1) Geiß S. 41; Unger S. 131, obwohl er die Schutzpflichten wegen ihrer Unbestimmtheit als "Quasidelikte" ansieht.

2) Faber S. 39, insbes. S. 49 ff.

3) Mühlisch S. 44.

4) RG 78, 239 (240).

5) RG 103, 47 (50), wo von den älteren abweichenden Entscheidungen ausdrücklich Abstand genommen wird; RG 107, 240 (243); RG 114, 155 (160); RG 120, 126 (230); RG 147, 163 (116); RG HRR 1928 Nr. 1399; BGH MDR 1954, 346 (347); BGH 15, 204 f.

6) RG JW 1915, 240 (Nr. 3).

7) Vgl. RG 103, 47 ff.; RG 107, 240 ff.

8) Vgl. Staudinger, Weber § 242 Anm. A 422; Siebert-Reimer-Schmidt, § 278 Bem. 6; Fikentscher, SR, § 20 III 5; Larenz, SR I, S. 44.

2. Das Bestehen des Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen zwischen Vertretenem und Drittem als Voraussetzung für die Anwendung des § 278 BGB

a. Übergehen dieses Erfordernisses durch den überwiegenden Teil der Lehre

Eigenartigerweise ist jedoch kaum erörtert worden, warum das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen zwischen dem Vertretenen und Dritten zustande kommt und den Vertretenen die vorvertraglichen Pflichten treffen, zumal, wenn der Vertreter die Verhandlungen selbst eröffnet und bis zum Vertragsschluß selbständig führt und nicht nur während der Verhandlungen hinzugezogen wird. Diese Frage muß aber vor der Anwendung des § 278 BGB geprüft werden. Da § 278 BGB nur innerhalb bestehender Schuldverhältnisse Anwendung findet¹⁾, ist für eine unbedingte Einstandspflicht des Vertretenen tatbestandsmäßige Voraussetzung, daß das vorvertragliche Schuldverhältnis zwischen Vertretenem und Drittem besteht und die Pflichten, die der Vertreter verletzt, solche des Vertretenen sind.

Nur Mühlich²⁾ hat mit wenigen anderen dieses Problem klar erkannt und fragt zutreffend, "ob und gegebenenfalls auf welche Weise die Voraussetzung der Anwendung des § 278 BGB - vorherige Begründung des Schuldverhältnisses, in dessen Rahmen die Erfüllung durch Ersatzmänner vor sich zu gehen hat - im Falle der Mitwirkung von Vertretern im Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen als gegeben angesehen werden kann".

Meist ist jedoch diese Fragestellung übersehen worden. So begnügt sich z.B. Hildebrandt³⁾ mit der Feststellung: "Mit der Anerkennung primärer Pflichten" ist "die positive Rechtsgrundlage für die Anwendung des § 278 BGB gefunden." In der neueren Literatur sind für das Übergehen dieses Problems die Ausführungen Flumes⁴⁾ bezeichnend: "Der Vertretene haftet für o.i.o. des von ihm oder für ihn bestellten Vertreters nach § 278 BGB wie für eigenes Verschulden, ... es ist so, daß der Vertretene mit dem Beginn der Vertragsverhandlungen zu dem Dritten in ein Schuldverhältnis tritt." Die sich aufdrängende Frage, aus welchem rechtlichen Grunde dieses Schuldverhältnis mit dem Vertretenen zustande kommt, wenn der Vertreter die Verhandlungen eröffnet, bleibt offen.

1) RG 160,310 (314); BGH 1,248 (249); BGH 16,259 (262).

2) Mühlich S. 38 und später Grandpair S. 73/75.

3) Hildebrandt S. 135.

4) Flume AT, § 46,6, S. 797.

b) Kritische Betrachtung der Ausführungen Bergers und Grandpairs

Nur Berger¹⁾ und ihm folgend Grandpair²⁾ begründeten die Verpflichtung des Vertretenen aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis damit, daß der Vertretene sich außer der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Vertreters auch dessen Aufnahme der Verhandlungen als eigene zurechnen lassen müsse. Der Vertreter ersatze nämlich die eigene Person im rechtsgeschäftlichen Verkehr und solle den Vertrag so abschließen, als hätte er ihn selber geschlossen. Wollte man aber in eigener Person einen Vertrag schließen, so müsse man selber vorher notwendigerweise verhandeln – folglich zwangsläufig in das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen eintreten.

Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. Der Schluß von der Zurechnung der dem Vertreter beigegebenen Willenserklärung an den Vertretenen auf die Zurechnung der Verhandlungsaufnahme begegnet dogmatischen Bedenken. Bei der Zurechnung der dem Vertreter beigegebenen Willenserklärung handelt es sich nicht um eine Zurechnung der Erklärung selbst – sondern der sich aus ihr ergebenden Rechtsfolgen. Nach der im BGB vertretenen Repräsentationstheorie nimmt der Vertreter der Rechtsgeschäfte vor, er gibt eine eigene Willenserklärung ab.³⁾ Inhalt und rechtliche Wirkungen in der Person des Vertreters sind nicht bestimmt durch den Inhalt der Willenserklärungen und durch das Gesetz, das diesen Willen unter den in § 164 BGB bezeichneten Voraussetzungen als rechtlich wirksam anerkennt.⁴⁾ Ebenso wie die Willenserklärung kann auch die Verhandlungsaufnahme, da sie tatsächlich durch den Vertreter erfolgt, als solche nicht dem Vertretenen zugerechnet werden, sondern nur, wenn die mit ihm verbundenen Rechts-

c) Notwendigkeit, den Haftungsgrund der vorvertraglichen Pflichten zu untersuchen

Nur die Rechtsfolgen, die sich aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen ergeben, eine Zurechnungsprobleme wie § 164 BGB selbst – bleiben das Problem offen, warum mit der durch einen Vertreter erfolgten Verhandlungsaufnahme die vorvertraglichen Pflichten den Vertretenen treffen. Zur Lösung dieser Frage bietet sich

1) Berger S. 39.

2) Grandpair S. 75/76.

3) Fikolte – Nipperdey § 182, 7 II; Flume, AT, § 43, 3; Siebert-Schultze v. Lasaulx Bem. 18 vor § 164; Staudinger-Coing § 164 Vorbem. 12, 6.

4) Lehmann, AT, § 36 I 4; Enneccerus-Nipperdey § 182, 3 II; vgl. auch Flume, AT, § 43, 3.

zunächst einmal eine analoge Anwendung des § 164 BGB auf die Verhandlungsaufnahme an. Zum anderen besteht aber auch die Möglichkeit, daß sich im Zusammenhang mit den Untersuchungen über den Haftungsgrund der vorvertraglichen Pflichten Folgerungen für deren Zurechnung an den Vertretenen ziehen lassen. Bezüglich beider Lösungswege ist es aber notwendig, sich Klarheit darüber zu verschaffen, aus welchem Tatbestand sich die Haftung für c.i.c. ergibt, welches ihr innerer Grund ist ¹⁾.

II. ÄLTERE LEHREN ZUM HAFTUNGSGRUND DER VORVERTRAGLICHEN PFLICHTEN

1. Die Entdeckung des allgemeinen Rechtsgedankens der c.i.c. durch Ihering

Als Begründer des allgemeinen Rechtsgedankens der c.i.c. wird Ihering angesehen ²⁾. Wenn auch einige Autoren bereits vor ihm einzelne in diesen Problembereich fallende Schadensersatzfälle behandelt haben ³⁾, so hat er doch als erster ein einheitliches Prinzip aufgestellt ⁴⁾ und mit seinem Beitrag ⁵⁾ die bis heute noch nicht abgeschlossene wissenschaftliche Diskussion über die Haftung aus Ver schulden bei Vertragsschluß eröffnet.

In allen Fällen, die Ihering vor Augen hat und in denen sich nach seiner Ansicht die "unaufweisbare Forderung einer Schadensersatzklage erhebt" ⁶⁾, findet er stets als Anlaß für die Schadensentstehung den "intendierten und äußerlich oder scheinbar vollzogenen Abschluß eines Contracts" ⁷⁾. Deshalb vermutet er, "das

- 1) Siebert-Reimer-Schmidt Reim., 5 vor § 275, Staudinger-Wieber § 242 Anm. A 417 weisen auf die offene wissenschaftliche Diskussion dieser Frage hin. Staudinger-Werner 11. Aufl. Vorbem. 99 zu §§ 275-292 hält dagegen eine theoretische Begründung der Haftung für c.i.c. nicht mehr für notwendig (unter unrichtiger Berufung auf BGH MDR 1961, 49 = BB 1960, 1366).
- 2) Stoll LZ 1923, 532; Blomeyer SR, S. 71; Larenz SR I, S. 40; ders., Methodenlehre, S. 315; Esser, Grundsatz und Norm, S. 164 Fn. 104; Dölle, Juristische Entdeckungen, S. B 7.
- 3) Vgl. die Nachweise bei Ihering IherJb 4, 1 (3).
- 4) Brock S. 48.
- 5) Ihering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfectio gelangten Verträgen, IherJb 4, 1-112.
- 6) Ihering a.a.O. S. 7.
- 7) Ihering a.a.O. S. 26.

in der Verbindung, in der hier die Verschuldung mit dem Contractsverhältniß auftritt, die eigenthümliche Natur des Ersatzanspruches beschlossen liegt" ¹⁾).

Aus diesen Ausführungen läßt sich nicht entnehmen, daß Ihering als Grund der Haftung, wie vielfach behauptet ²⁾, den nichtigen Vertragsschluß ansieht, sondern nur, daß für ihn das vorvertragliche Verschulden in der Herbeiführung der Nichtigkeit eines Vertrages besteht ³⁾. Aus dem von Ihering betonten Zusammenhang zwischen Schadensentstehung und nichtigem Vertrag ergibt sich für ihn vor allem die Zulässigkeit einer "Contractsklage auf Schadensersatz" ⁴⁾ zugunsten dessen, der "durch den falschen Schein des Contracts irregeführt" ⁵⁾ und damit zu "nachtheiligen Handlungen veranlaßt" ⁶⁾ worden ist. Die von ihm erhobene Forderung nach Gewährung von Schadensersatzansprüchen leitet Ihering dagegen aus verschiedenen Quellenstellen ab ⁷⁾, deren Ausführung in diesem Zusammenhang allerdings als nicht zur Begründung geeignet einheilig kritisiert worden ist ⁸⁾.

Abgesehen davon, daß der letzte Iherings eine überzeugende Begründung fehlt, vermag vor allem seine Beschränkung der Haftung auf Fälle, in denen die Pflicht, zu dem Abschluß eines wirksamen Vertrages abzugehen, verletzt wird, nicht zu befriedigen. Denn nur die Schäden werden erfaßt, die durch und damit erst nach dem Vorvollziehen, des unwirksamen Vertragsschlusses hervorgerufen werden ⁹⁾. Gerade jedoch die Fälle, in denen das schuldige Verhalten schon vor dem beabsichtigten Abschluß eines Vertrages liegt, erfordern eine Lösung nach den Regeln der Haftung für c. i. c..

2. Der spätere gültige Vertragsschluß als Haftungsgrund

Im bewußten Gegensatz zu Ihering, dessen Lehre sich auf nichtige Verträge bezieht, sieht Leonhard als Grund der Haftung den späteren gültigen Vertragsschluß

1) Ihering a. a. O. S. 26.

2) Neuerdings wieder Diers S. 12.

3) Vgl. Ihering a. a. O. S. 43.

4) Ihering a. a. O. S. 52.

5) Ihering a. a. O. S. 41.

6) Ihering a. a. O. S. 32.

7) Ihering a. a. O. S. 34 ff.

8) Eingehend Brock S. 10 ff., Mittels S. 160; vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 164 Fn. 104; Dölle, Juristische Entdeckungen, S. B 8 mit weiteren Nachweisen.

9) Diers S. 14.

an 1). Die während der Vertragsverhandlungen zu beobachtenden Sorgfaltspflichten begreift er als vertragliche. Nach seiner Ansicht gründen sie sich nämlich ebenso wie die Pflicht zur sorgfältigen Erfüllung der Leistungspflichten auf den Vertrag und erfordern daher auch einen wirksamen Abschluß. Erst durch den zustande gekommenen Vertrag erwacht eine Verpflichtung der Partei, für ihr Verhalten einzustehen; im Vertrag sieht er das "Moment, das die Parteien zu besonderer Aufmerksamkeit veranlaßt und verpflichtet" 2).

Indem Leonhard ein gültiges Geschäft als Voraussetzung für die Haftung aus c. i. c. fordert, ergibt sich für ihn, daß nur die Parteien des Vertrages haften, nicht sonst beteiligte Dritte. Er raßt aus einem Verschulden des Vertreters nicht die- sen, sondern auf Grund entsprechender Anwendung des § 278 BGB 3) nur den Ver- tretenen haften, weil er allein Partei des Vertrages ist und innerhalb eines Ver- tragsverhältnisses nur für "Abschlußschuld" gehaftet wird 4).

Wissenschaft und Rechtsprechung sind aber bei der Lehre Leonhards nicht stehen geblieben. Sie bedeutet zwar insofern einen Fortschritt gegenüber der Lehre Inerings, als nämlich die Parteien auch für Schäden verantwortlich sind, die sie sich vor dem Vertragsschluß zugefügt haben, aber sie vermag weder in der Be- gründung noch im Ergebnis zu überzeugen.

Der entscheidende Nachteil der Lehre Leonhards besteht darin, daß sie nicht alle Fälle, in denen eine Haftung geboten ist, erfaßt. Wenn die Verhandlungspartner zwecks Abschlusses eines Vertrages aneinander herantreten, so wissen sie regel- mäßig noch gar nicht, ob die Verhandlungen zu einem Ergebnis führen. Oft ist gerade das Ausbleiben eines Vertragsschlusses Ursache für eine Schadensentste- hung 5). Auch dann besteht aber ein "dringendes Bedürfnis" 6) für eine Haftung, da die Interessen der Parteien unabhängig von einem späteren Vertragsschluß be- reits schutzwürdig sind 7).

1) Leonhard, VbV, S. 58/60; ders., SR, S. 544 ff. (553, 555), ebenso Cosack, 3GB, § 135 I; Regelsberger JherJn 58, 146 (172); Richter JW 1921, 304 (665), Negendank S. 31, durch Leonhard beeinflusste Entscheidungen: RG JW 1912, 743 (744); RG 95, 58 (60); RG 103, 47 (50).

2) Leonhard, VbV, S. 58.

3) Leonhard, VbV, S. 46 ff; ders., SR, S. 561.

4) Leonhard, VbV, S. 60; ders., SR, S. 560.

5) Vgl. Larenz, SR I, § 4 V, S. 41 Fn. 3.

6) Dieses führt auch Leonhard, VbV, S. 42 zur Begründung seiner Lehre an.

7) Vgl. Baumert S. 20, der noch bemerkt, daß sich der Schädiger durch die Weigerung, einen Hauptvertrag zu schließen, der Haftung entziehen könnte.

im übrigen hat Stoll mit Recht darauf hingewiesen ¹⁾, daß es nicht richtig ist, von dem später abgeschlossenen Zielvertrag ²⁾ auf den Bestand zeitlich davor-negender Sorgfaltspflichten zu schließen ³⁾. Das hiergegen vorgebrachte Argument Leonhards ⁴⁾, Verhandlungen und Vertragsschluß seien ein einheitliches Ganzes und die früheren Handlungen könnten nur unter der Voraussetzung, daß nachher der Vertrag zustande komme, wirken, vermag den Einwand Stolls nicht zu widerlegen. Entweder obliegen nämlich den Parteien bereits während der Verhandlungen besondere Sorgfaltspflichten, die dann von dem später eintretenden Ereignis des Vertragsschlusses unabhängig sein müssen, oder die Parteien sind sich im Verhandlungsstadium nicht weiter verpflichtet. Ein Rückschluß aus dem später geschlossenen Vertrag stellt ein unzulässiges *argumentum e contrario* dar ⁵⁾.

Beruhet die Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen nicht auf dem späteren Vertrag, so entfallen damit auch die Folgerungen Leonhards bezüglich der Haftung des Vertretenen und seines Stellvertreters.

3. Die Regelung der vorvertraglichen Beziehungen durch einen vorbereitenden Vertrag

Um den Schwierigkeiten, die sich aus der Abhängigkeit der Haftung für c.i.c. von einem gültigen Vertragsschluß ergeben, zu entgehen, ist vielfach angenommen worden, mit der Aufnahme von Verhandlungen werde stillschweigend ein eigener vorbereitender Vertrag zwischen den Parteien geschlossen, der ihre vor-

- 1) Stoll LZ 1923, 532 (540 f); vgl. auch Kreß, SR § 23, 1 d, S. 584; Planck-Siber, Vorbem. I 4 b vor §§ 275-292 BGB.
- 2) Das ist der Vertrag, auf dessen Abschluß die Verhandlungen gerichtet sind.
- 3) Aus dieser Erwägung lehnt Ceppert Gruch 69, 529 ff eine Haftung aus c.i.c. grundsätzlich ab. Der Vertrag sei dazu bestimmt, die Rechte und Pflichten der Parteien zu regeln und die Rechtssicherheit würde darunter leiden, wenn man auf Äußerungen und ein Verhalten zurückgreifen würde, von denen im Vertrage keine Rede sei (a.a.O. S. 535). Allerdings sei zu prüfen, ob nicht der Vertrag bei richtiger Auslegung die geltend gemachten Ansprüche rechtfertige (a.a.O. S. 543). Ceppert übersieht jedoch, daß das schädigende Verhalten schon vor dem Vertragsschluß liegt (vgl. Diers S. 17 Fn. 29).
- 4) Leonhard, SR, S. 553.
- 5) Stoll LZ 1923, 532 (540); Levy JW 1922, 1313.

vertraglichen Beziehungen regelt ¹⁾).

So meint Siber, daß bei richtiger Vertragsauslegung nach § 157 BGB die einem Vertragsschluß vorangehenden Verhandlungen einen namenlosen Vertrag in sich schließen, aus dem sich Anzeige- und Erkundigungspflichten ergeben ²⁾. In der Einladung eines Warenhauses oder Ladengeschäftes zur Besichtigung seiner Ausstellung erblickt er z.B. einen Antrag an eine unbestimmte Person auf Begründung eines Vertrages, der Pflichten zur Erhaltung der persönlichen Sicherheit enthält; die für den Vertragsschluß erforderliche Annahme erfolgt dann gemäß § 151 BGB mit dem Betreten der Räume ³⁾.

Zwischen wem dieser vorbereitende Vertrag geschlossen wird, wenn ein Stellvertreter die Verhandlungen eröffnet, legt Siber nicht dar. Da nach seiner Ansicht die Parteien für ein Verschulden ihrer Gehilfen während der Verhandlungen nach § 278 BGB einzustehen haben ⁴⁾, ist anzunehmen, daß die Parteien des Hauptvertrages und des Vorvertrages identisch sind und folglich auch der Vorvertrag nur zwischen Vertretenem und seinem Geschäftspartner entsteht. Allerdings ist denkbar, daß ein Stellvertreter, der eigene Räumlichkeiten zur Verfügung stellt und mit dem Dritten dort verhandelt, wie z.B. ein Rechtsanwalt oder Makler, einen eigenen Vorvertrag schließt und bei dessen Verletzung selbst haftet ⁵⁾.

Wie sich im einzelnen die Haftung des Vertretenen und Vertreters aus c.i.c. gestaltet, braucht jedoch nicht näher erörtert zu werden. Denn schon gegen die Annahme, in der Aufnahme von Vertragsverhandlungen sei der stillschweigende Abschluß von Auskunfts-, Mitteilungs- oder Erhaltungsverträgen auf gegenseitige

1) Vgl. Planck-Siber Vorbem. I 4 c zu §§ 275-292; ders., IherJb 70, 223 (258/259); Cosack-Mitteis § 135 II, allerdings nur für Fälle des nicht gültig zustande gekommenen Zielvertrages; Geppert Gruch 69, 529 (537) nimmt unter Umständen einen stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrag an; Hildebrandt S. 225 ff entnimmt allgemein die Schutzpflichten aus Erhaltungsverträgen; Heck, SR S. 124 spricht von einem "pactum de tractando"; aus der Rspr. vgl.: RG JW 1910, 243 Nr. 33; RG JW 1911, 360 Nr. 6; RG 74, 124 (126); RG 114, 289 (290).

2) Planck-Siber, Vorbem. I 4 b vor §§ 275-292.

3) Planck-Siber, Vorbem. I 4 c vor §§ 275-292, ähnlich Josef Gruch 52, 525 (535) für den Besuch eines Gasthauses; weitergehend Polenske AcP 114, 415 (417), der einen "Gastschaftsvertrag" konstruiert, unter den auch die Beziehungen zwischen Hausherrn und Besuch fallen; dagegen daß eine gesellschaftliche Einladung eine Vertragspflicht mit sich bringt, Siber IherJb 70, 223 (260 Fn. 2).

4) Planck-Siber § 278 Erl. 1 a.

5) Vgl. Fürst LZ 1910, 177 (181).

Fürsorge zu sehen, kann mit Recht der Vorwurf erhoben werden, daß diese Verträge fiktiver Natur sind ¹⁾. Um diese Kritik üben zu können, ist es nicht, wie Baumert ²⁾ meint, erforderlich, den Begriff der Willenserklärung eingehend zu untersuchen und damit auf den Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie ³⁾ einzugehen. Selbst bei Zugrundelegung einer extremen Erklärungstheorie kann der bloße Eintritt in Vertragsverhandlungen nicht als Abschluß eines Vertrages, der die Pflicht zum gegenseitigen redlichen Verhalten beinhaltet, bewertet werden ⁴⁾. Solange sich die Parteien nämlich im Verhandlungsstadium befinden, wollen sie lediglich die Bedingungen des zukünftigen Vertrages prüfen oder aushandeln und sich dabei schlüssig werden, ob sie überhaupt abschließen wollen ⁵⁾. Dagegen denken sie keineswegs daran, sich vor dem Hauptvertrag in einem vorbereitenden Vertrag zu binden ⁶⁾.

Deswegen darf das Verhalten der Parteien auch dann nicht als Willenserklärung gedeutet werden, wenn man Siber darin folgt, daß die Auslegung nach § 157

- 1) Eingehend Fischer S. 62 ff; ebenso Haupt S. 10; Larenz, Vertrag und Unrecht II, S. 82; ders., SR I, S. 41 Fn. 3; Raiser AcP 127, 1 (21); Festschrift für Dölle, Bd. I, S. 25 (33); Flume AcP 161, 52 (63).
Auch Fürst LZ 1910, 177 (179 f) bezeichnet zwar die Annahme eines Vertrages als Konstruktionsversuch, sieht aber in dem Eintritt eines Gastes eine Willenserklärung und nimmt daher ein Schuldverhältnis auf Grund einseitigen Rechtsgeschäfts an, das einer Zustimmung nicht bedürfe, da der Wirt die Gasträume dem Verkehr eröffnet habe.
Ebenfalls gegen die Annahme eines Vorvertrages wendet sich Stoll, der aber auch zunächst glaubte, das vorvertragliche Rechtsverhältnis komme durch einseitiges Rechtsgeschäft, nämlich durch das Vertragsangebot oder die Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen, zustande (Stoll LZ 1923, 532 (544); genauso Hassel S. 49; Heldrich S. 54). Später knüpfte Stoll das Rechtsverhältnis allein an die "reine Tatsache" des Eintritts in die Verhandlungen (JW 1928, 1285) und bezeichnete diesen nunmehr abschwächend als geschäftsähnliche Handlung (JW 1933, 34 (36)). Vgl. auch Müller DJZ 1935, 269 (272).
- 2) Baumert S. 21.
- 3) Vgl. hierzu statt aller Staudinger-Coing § 104 Eml. 2 g, Bem. 19 ff vor § 116; Enneccerus-Nipperdey § 164.
- 4) Zutreffend Fischer S. 62 in Verb. mit S. 16; vgl. auch Wieacker ZAKDR 1943, 33 (34).
- 5) Diese besondere Eigenart des Verhandlungsverhältnisses betonen besonders Erman AcP 139, 273 (274 f) und Ballerstedt AcP 151, 501 (503).
- 6) Fischer S. 63; Dömpke S. 7; Grandpaire S. 15.

BGB "nicht einen inneren Willen, sondern nur die Angemessenheit nach dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben nach der Verkehrssitte zu ermitteln" (Siber 1)). Darüber hinaus muß bedacht werden, daß § 147 BGB nur die Vertragsauslegung regelt und nichts darüber aussagt, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen worden ist 2)).

Demgegenüber versucht Hildebrandt die Lehre von den stillschweigend geschlossenen Erhaltungsverträgen zu verteidigen und weist den Vorwurf einer Fiktion als unbegründet zurück 3)). Nach seiner Ansicht erklärt ein Wirt oder Warenhausbesitzer, der aus geschäftlichem Interesse seine Kasse Kunden öffnet, das Betreten seines Betriebes durch Fremde gestatten zu wollen, und bringt damit "auch den rechtlichen Willen zum Ausdruck, sich der Duldung des Kunden als mit weiteres zu verpflichten" 4)). Mit dem Eintreten nimmt der Kunde die "Gestattungsofferte des Besitzers" an, und der Gestattungsvertrag ist alsdann gemäß § 242 BGB "zum Erhaltungsvertrag zu ergänzen."

Diese Erklärung beruht jedoch auf einer unzutreffenden Voraussetzung. Der Aufenthalt des Warenhausbesitzers zum Eintritt in die Geschäftsräume kann eine Verpflichtung zur Duldung des Aufenthaltes und eine entsprechende Berechtigung des Besuchers nicht einschließen werden, da nur lediglich die Duldung zukommt, da die widerrechtliche Natur des Eintritts ausgeschlossen ist 5)). Ist dem Hildebrandt der Vorwurf der Fiktion nicht zu ersparen, so wäre es doch es sich eben, wie allgemein der BGH festgestellt hat 6)), "bei dem Zurückgreifen auf den angeblich erklärten Parteiwillen um eine Fiktion, mit der ein ... als angemessen angesehenes Ergebnis begründet werden soll".

Im übrigen wird Sibers Lehre den Fällen nicht gerecht, in denen bereits durch einseitige Einteilung von Verhandlungen Schaden entsteht und ein Vertrag noch nicht geschlossen sein kann 7)). Ein treffendes Beispiel hierfür hat Baumbert 8))

- 1) Siber IherJb 70, 223 (259).
- 2) Dölle ZgesStW 103, 67 (70); Steinberg S. 53.
- 3) Hildebrandt S. 220 ff. Im Widerspruch hierzu bezeichnet er die Annahme eines stillschweigenden Haftungsvertrages bezüglich der Erklärung öffentlich als eine "Konstruktion", deren "gebrechliche Künstlichkeit ... augenfällig sei" (S. 88).
- 4) Hildebrandt S. 229.
- 5) Hildebrandt S. 232.
- 6) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 27, 6.
- 7) Fischer S. 63/64.
- 8) BGH NJW 1965, 907.
- 9) Enneccerus-Lehmann § 43 III, S. 191; Baumbert S. 22.
- 10) Baumbert S. 22.

angeführt: Ein Rasierklingen-Praktikant läßt durch Angestellte in die Briefkästen unbestellte Packungen mit Rasierklingen werfen. Da die Sendungen schlecht verpackt sind, verletzt sich ein Wohnungsinhaber bei der Herausnahme. Eine Annahme der Einladung zu verhandeln ist in diesem Fall noch nicht erfolgt, dennoch kann nicht zweifelhaft sein, daß bereits vor Abschluß eines Erhaltungsvertrages eine Haftung nach den Grundsätzen der c.i.c. geboten ist.

Die Ableitung der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß aus einem besonderen Vorvertrag erweist sich also nicht nur in theoretischer Hinsicht als unzutreffend, sondern auch im Ergebnis als unbefriedigend.

4. Begründung der vorvertraglichen Pflichten durch analoge Anwendung gesetzlicher Bestimmungen

Da alle Versuche, die Haftung für c.i.c. als rechtsgeschäftliche, d.h. als auf dem privaten Verpflichtungswillen der Parteien beruhende zu erklären, abzulehnen sind, können die vorvertraglichen Pflichten nur aus dem objektiven Recht selbst begründet werden.

Man hat daher versucht, die Haftung im Wege der Rechtsanalogie aus den Vorschriften der §§ 122, 149, 179, 307, 309, 443, 463, 540, 663 BGB, 362 HGB, 16, 17 VVG abzuleiten¹⁾.

Richtig ist zwar, daß diese Bestimmungen häufig aus dem Gedanken der Haftung für vorvertragliches Verschulden zu erklären sind²⁾. Aber abgesehen davon, daß gerade der vielzitierte § 122 BGB kein Fall der c.i.c., sondern einer vom Verschulden unabhängigen Anscheinshaftung ist³⁾ und § 463 BGB nichts mit culpa in contrahendo zu tun hat⁴⁾, kann ein allgemeiner Grundsatz, der eine Haftung

1) v. Tuhr, AT, II, 1 S. 487 ff; ders. AcP 121, 359 (360); Kühlenbeck DJZ X, 1142 (1146); Oertmann LZ 1924, 513 (520 ff); Stoll LZ 1923, 532 (537-538); Hetholz AcP 136, 237 (247 ff); Staudinger-Werner 9. Aufl., Vorbem. 3 II 1 vor §§ 275-282; Enneccerus-Lehmann § 43 III; Enneccerus-Nipperdey § 18 II 1 b; Erman-Groeppe § 276 Anm. 1 b; Hildebrandt S. 122 ff; aus der Rspr. vgl. RG 95, 58 (60); RG 104, 265 (267); RG 107, 357 (362); RG 120, 249 (251).

2) So schon die Motive Mot I, S. 195.

3) Larenz, SR I, S. 40; ders., Methodenlehre, S. 304 Fn. 1; ders. JuS 1965, 373 (377); Esser, SR, § 10 I c; Staudinger-Werner, 11. Aufl., Vorbem. 99 zu §§ 275-292; vgl. auch unten S. 37 Fn. 3).

4) Stoll, *Anscheinshaftung* Bonn. Z. vor § 454, § 463 Bonn. Z., 1. u. 2. Aufl., § 10 I; Larenz, SR II, § 37 II c 1; Esser, SR, § 106, 7; Diederichsen BB 1965, 401 ff.

für vorvertragliches Verschulden anordnet, aus den genannten Einzelbestimmungen nicht entnommen werden¹⁾. Diese Gerichte handelten auf verschiedenen gesetzgeberischen Gründen, sind nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen andersartig gestaltet²⁾ und daher in ihrem Anwendungsbereich begrenzt³⁾.

III. DER SOZIALE KONTAKT ALS HAFTUNGSGRUND

1. Die Entwicklung der Lehre vom sozialen Kontakt

Neue Anregung erhielt die Diskussion über die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß durch die Lehre vom sozialen Kontakt. Zu ihrem Verständnis muß man sich darauf besinnen, daß Rechtsprechung und Lehre zwar bald eine vertragsähnliche Haftung für vorvertragliches Verschulden als notwendig erkannt hatten, aber nur widerstrebend von der im BGB vorgegebenen Zweiteilung zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung⁴⁾ abgingen. Erst zögernd wurde, wie oben dargelegt, nach manchen unzutreffenden Begründungsversuchen⁵⁾ anerkannt, daß bereits mit dem tatsächlichen Eintritt in Vertragsverhandlungen kraft Gesetzes und unabhängig von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen ein Schuldverhältnis entsteht und die Parteien für die in diesem Stadium begangenen Pflichtverletzungen nach vertraglichen Grundsätzen (§§ 276, 278 BGB) einzustehen haben.

1. Berger S. 24; Hassel S. 39; Kreß, SR, § 23, I d; Larenz, Festschrift für Nikisch, S. 275 (277); Steinberg S. 83 ff; Diers S. 28/29; Leonhard, VbV S. 59 und Fischer S. 68 halten eine Analogie deshalb für unzulässig, weil es sich um Ausnahmebestimmungen handle.
2. In dieser Richtung haben Diers S. 25 ff und Hassel S. 11-21 eine eingehende Untersuchung vorgenommen.
3. Larenz, SR I, S. 40.
4. Riehl Gruch 60, 790 (903) lehnte die Haftung für c. i. c. ab, weil "die Grenze zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung verwischt" würde. Michaelis, Festschrift für Siber, Bd. II, S. 185 (200) stellt dagegen die Frage "ob an der überkommenen Abgrenzung von vertraglicher und deliktischer Haftung festzuhalten ist".
5. Vgl. hierzu aus methodologischer Sicht Esser, Grundsatz und Norm S. 162 ff, 374 Fn. 180; Larenz, Methodenlehre, S. 129/130, 315 ff.

a) Die These Haupts

Neben anderen Erscheinungen war es dieser Grundsatz, der Haupt ¹⁾ folgern ließ, daß auch unabhängig von Willenserklärungen lediglich auf Grund eines objektiven Sachverhalts Vertragsverhältnisse zur Entstehung gelangen können. Diese nannte er "faktische Vertragsverhältnisse" und faßte unter diesem Begriff drei "typische Fallgruppen" zusammen, nämlich "faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontakts, kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis und kraft sozialer Leistungsverpflichtung" ²⁾.

Die c.i.c.-Tatbestände wies er der erstgenannten Gruppe zu, da nach seiner Ansicht der soziale Kontakt den wahren Haftungsgrund für ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen darstellt ³⁾. Wenn es dem in der Rechtsprechung und Lehre bestätigtsten Empfinden entspricht, die Beziehungen zwischen Kontrahierenden nicht nur nach Deliktsrecht, sondern nach den strengeren Maßstäben des Vertrages zu beurteilen, so muß man nach seiner Meinung auch den Mut haben, hier ein Vertragsverhältnis ohne Vertragsschluß anzunehmen. Die Beteiligten seien durch die "besondere soziale Beziehung", die zwischen ihnen in typischer Weise entstehe, aus dem Verhältnis unter Dritten herausgehoben. Das Element, das die Beziehung zu einer vertraglichen erhebe, sei nicht eine rechtsgeschäftliche Eingung, sondern die "objektiv verwirklichte Tatsache des besonderen sozialen Kontakts" ⁴⁾.

1) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941.

2) Haupt S. 9.

3) Auf die beiden anderen von Haupt genannten Gruppen soll in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden. Sie sind ihrer Problematik nach verschieden von der Haftung für c.i.c.. Durch das Institut der c.i.c. sollen Schäden, die durch Verletzung vorvertraglicher Verhaltenspflichten hervorgerufen werden, verhindert bzw. ausgeglichen werden, während die typischen Leistungspflichten gegenseitiger Verträge fehlen. Bei den beiden anderen Gruppen geht es jedoch darum, inwieweit trotz fehlender oder mangelhafter Willenserklärungen tatsächlich erfolgte Leistungsvorgänge rechtlich so bewertet werden sollen, als ob wirksame Vertragsverhältnisse vorliegen. Die Haftung für c.i.c. gehört daher nicht in den eigentlichen Problembereich der faktischen Vertragsverhältnisse. Ausführlich hierzu Unger, Culpa in contrahendo und faktische Vertragsverhältnisse, Diss. Köln 1949; vgl. auch Esser, AcP 157, 86 (89); Nikisch, Festschrift für Dölle, S. 79 (90/91).

4) Haupt S. 11.

b) Die Gedankengänge Dölles

Dieses Ergebnis hat Dölle aufgegriffen ¹⁾. Er ist der Ansicht, daß nicht eigentliche Vertragsverhandlungen, sondern das "Spezifikum des statthabenden Kontakts" ²⁾ die besonderen vorvertraglichen Pflichten der Parteien bewirkt. Bei diesen unterscheidet er scharf zwischen Schutz- (Fürsorge-, Erhaltungs-) pflichten und Erklärungs- (Offenbarungs-, Mitteilungs-) pflichten. Den haftungsbe gründenden Tatbestand für die Schutzpflichtigen sieht er in dem "besonderen Vertrauen", das der eine Beteiligte dem anderen entgegengebracht hat, indem er "die eigenen Rechtsgüter bewußt - zur Erreichung des mit dem sozialen Kontakt verfolgten Zwecks - dem Einfluß und damit der Obhut und Sorgfalt des anderen" anvertraut; "gerade im Hinblick auf den Zweck der Berührung ihrer Rechtssphären" darf er in diesem Vertrauen nicht enttäuscht werden ³⁾. Dies ist zwar nach Ansicht Dölles bei Kontakten zum Zwecke von Vertragsverhandlungen besonders offensichtlich, müsse aber bei anderen bewußten Berührungen der Rechtsgütersphären nicht minder gelten. Er empfindet es nämlich als angemessen, daß demjenigen, "der die Person oder Rechtsgüter eines anderen in den von ihm beherrschten Rechtskreis aufnimmt", entsprechende Schutzpflichten obliegen. Damit kommt Dölle zu dem Ergebnis, daß gar nicht die Vertragsverhandlungen, sondern ein sozialer Kontakt der pflichtenbegründende Tatbestand für sie ist.

Die Aufklärungspflichten haben nach Dölle dagegen ihren Rechtsgrund in einem rechtsgeschäftlichen Kontakt ⁴⁾. Diese berühren sich zwar auf das engste mit den Schutzpflichten, da sie auch auf den Rechtsgrund des entgegengebrachten besonderen Vertrauens zurückzuführen sind. Ein wesentlicher Unterschied liegt aber nach seiner Auffassung darin, daß die Schutzpflichten - allgemein - ihren Rechtsgrund in einem sozialen Vertrauenskontakt finden, während die Aufklärungspflichten einem "Vertrauenskontakt rechtsgeschäftlicher Intention" ⁵⁾ entspringen und sich nur auf Tatsachen beziehen, die für die Entschließung einer Partei für das in Aussicht genommene rechtsgeschäftliche Verhältnis von Bedeutung sein können.

1) Dölle, Außergesetzliche Schuldspflichten, ZgesStW 103, 67-102.

2) Dölle, a. a. O. S. 73.

3) Dölle, a. a. O., S. 74.

4) Dölle, a. a. O. S. 86/87.

5) Dölle, a. a. O. S. 88.

c) Die Ansicht Barths

Die Vertrauenshaftung Dölles für Verletzung von Schutzpflichten versucht Barth dadurch einzugrenzen, daß er sie auf die eigene Rechtssphäre beschränkt ¹⁾. Dölle hält zwar die eigene Rechtssphäre für den Bereich, in dem es "insbesondere" zu einer solchen Haftung kommt, glaubt aber nicht, daß sie eine notwendige haftungsbegründende Voraussetzung ist ²⁾. Ja er auch Schutzpflichten außerhalb der eigenen Rechtssphären anerkennt ³⁾. Nach Barth liegt dagegen ein sozialer Kontakt nur vor, "wo es zur Erreichung eines billigenwertigen Zwecks durch den besonderen Umstand des gegenseitig erregten Vertrauens zu einer Begegnung zweier Rechtsteilnehmer oder zur Berührung ihrer Rechtsgüter im Rahmen der von ihnen beherrschten Rechtssphäre kommt" ⁴⁾. In den "qualifizierenden Momenten" des gegenseitig erregten Vertrauens und der eigenen Rechtssphäre sieht Barth daher die Abgrenzung des sozialen Kontakts gegenüber dem "Delikt als schuldhaft-tatbestandlicher Rechtsgüterverletzung" ⁵⁾.

Die Rechtssphäre umschreibt er wie Dölle als denjenigen, "einem Rechtssubjekt zugeordneten Lebenskreis, der, seiner Größe und Art nach einer Kontrolle und Beherrschung zugänglich und nach der Verkehrsauffassung bedürftig, von seinem Subjekt üblicherweise derartig beherrscht und kontrolliert wird, daß die sich innerhalb seiner abspielenden Vorgänge regelmäßig nicht ohne seinen Willen möglich sind" ⁶⁾. Zur eigenen Rechtssphäre gehören vor allem Wohn- und Arbeitsräume, Fabrikgebäude, Gaststätten- und Verkaufslokale, nicht dagegen Waldungen und öffentliche Verkehrswege ⁷⁾. Mithin versteht Barth unter Rechtssphäre den räumlichen Lebens- und Wirkungsbereich eines Menschen und sieht in dieser "räumlichen Schranke die Grenze der Verantwortlichkeit für entgegengebrachtes Vertrauen" ⁸⁾.

Ebenso wie Dölle will auch Barth allerdings für die reinen Gefälligkeiten "mangels jedes rechtserheblichen Zwecks" eine Haftung für die Verletzung außervertraglicher Schuldspflichten nicht anerkennen ⁹⁾.

1) Barth, Der soziale Kontakt als Haftungsgrund S. 61.

2) Dölle a. a. O. S. 74.

3) Dölle a. a. O. S. 73.

4) Barth S. 61.

5) Barth S. 61.

6) Dölle a. a. O. S. 77; Barth S. 60.

7) Dölle a. a. O. S. 77; Barth S. 61 Fn. 1.

8) Barth S. 61.

9) Barth S. 67/68.

d) Die Meinung Blomeyers

Auch Blomeyer ist der Ansicht, daß das Merkmal der Vertragsverhandlungen für die quasivertraglichen Oblutspflichten "zu eng" ist¹⁾. Diese entstünden, sobald ein "Rechtsgüterkontakt" "zu sozial adäquaten Zwecken" herbeigeführt werde. Selbst bei rein gesellschaftlichen Gefährlichkeiten, z.B. bei der Aufnahme eines Gastes im Hause, werde ein solches gesetzliches Oblutverhältnis begründet, weil der Gast sich im Vertrauen auf die Einladung in den vom Gastgeber kontrollierten Gefahrenbereich begibt und deshalb wenigstens die Sorge für seine Person und sein Eigentum erwarten könne, die dieser in eigenen Angelegenheiten wahre²⁾. Damit wendet Blomeyer im Grunde an, daß nach Dölle die Haftung aus sozialen Kontakt auch auf gesellschaftlicher Ebene an. Dies erscheint folgerichtig, da es um Begriffe geht, die aus dem Kontakt her gehen, unabhängig davon, ob der Kontakt im rechtsgeschäftlichen oder gesellschaftlichen Bereich stattfindet³⁾.

2. Die Bedeutung der Lehre vom sozialen Kontakt für die Ausgangsfrage

Bei diesen Auffassungen sind nicht die Vertragsverhandlungen Voraussetzung für die vertragsähnlichen Fürsorgepflichten, sondern der soziale Kontakt, der dadurch entsteht, daß jemand seine Rechtsgüter der Oblut und dem Einfluß eines anderen anvertraut⁴⁾. Ein solcher sozialer Kontakt kann zwar auch mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet werden. Dies ist aber nicht erforderlich und wird als rein zufällig angesehen⁵⁾. Für die Ausgangsfrage wurde dies bedeuten, daß es hinsichtlich der Haftung des Vertreters oder der Vertretenen darauf ankommt, zu wem der soziale Kontakt begründet wird.

a) Die Rechtssphäre als Zurechnungsmerkmal der Schutzpflichten

Anhaltspunkt hierfür könnte sein, in wessen Rechtssphäre die Vertragsverhandlungen und damit der soziale Kontakt stattgefunden haben. Wenn der Vertreter die

1) Blomeyer, SR, S. 72.

2) Blomeyer, SR, § 22, 2, S. 114; ähnlich Lehmann, AT, § 24 I; Enneccerus-Lehmann § 27, 6.

3) Auf die Inkonsistenz der von Dölle gemachten Einschränkung hat deutlich Larenz MDR 1954, 515 (517) hingewiesen.

4) Vgl. auch Dölle im wesentlichen zustimmend, Sorgel-Siebert § 242 Bem. 102 ff.

5) Dölle a.a.O. S. 73/74; Sorgel-Siebert § 242 Bem. 102; Baumert S. 39.

Verhandlungen in den Geschäftsräumen des Vertretenen führt (z.B. der Angestellte im Laden oder der Kellner in einer Gastwirtschaft) hat letzterer nach § 278 BGB für eine schuldhaftes Verletzung der Schutzpflichten durch seinen Vertreter einzustehen. Empfängt der Vertreter den Dritten zu Verhandlungen in seinen eigenen Geschäftsräumen, wie z.B. der Rechtsanwalt oder der Makler, so wird er selbst schadensersatzpflichtig. Unklar ist jedoch, wer haften soll, wenn die Verhandlungen außerhalb der Rechtssphären des Vertreters oder des Vertretenen stattfinden, z.B. der Vertreter eine Maschine in der Wohnung oder in den Geschäftsräumen des Dritten vorführt und dabei durch fehlerhafte Bedienung ein Schaden entsteht.

Ebenfalls nicht unrichtlich ist, wer bei Verletzung von Aufklärungspflichten haften soll. Wenn auch im allgemeinen nur die Schutzpflichten von der Lehre vom sozialen Kontakt erfaßt werden, so entnehmen Haupt und Dölle auch die Aufklärungspflichten in gewisser Weise einem sozialen Kontakt. War aber schon bei den Schutzpflichten eine Abgrenzung nach dem Gesichtspunkt der Rechtsphäre möglich, so ist dies für alle Fälle möglich, so kann bei der Verletzung von Aufklärungspflichten die Rechtsphäre nur schwerlich als Zurechnungssphäre einmal herangezogen werden. Sie können nämlich nicht ohne weiteres in einen Zusammenhang mit dem schuldhaften Verhalten gebracht werden, da durch ihre Beachtung eine einwilligende Entscheidung der Parteien zum Vertragsschluss ermöglicht werden soll und sie daher naturgemäß von räumlichen Gesichtspunkten unabhängig sind¹⁾.

Es ist also notwendig, andere Merkmale zu finden, nach denen sich entscheiden läßt, mit wem im Einzelfall der soziale Kontakt zustande kommt.

b) Selbständigkeit und Unselbständigkeit des Vertreters als Kriterium für seine bzw. des Vertretenen Einstandspflicht

Ein solches Kriterium stellt Baumbach²⁾ in der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Vertreters. Damit der soziale Kontakt zwischen dem Prinzipal, der Gehilfen hinzuzieht, und dem Dritten entsteht, verlangt er, daß der Gehilfe Werkzeuge des Prinzipals ist. Wenn der Gehilfe selbständig ist, wird er Partei des geschäftlichen Kontakts. Zur Veranschaulichung bringt Baumbach folgenden Fall: Ein Grundstückseigentümer beauftragt einen Rechtsanwalt mit dem Verkauf eines

1) Vgl. Diers S. 42.

2) Baumbach S. 48/49. Seine, von den anderen Meinungen abweichende Begründung der Lehre vom sozialen Kontakt wird der Übersichtlichkeit halber erst später (vgl. unten S. 27 ff) dargestellt.

Grundstücks. Ein Kaufinteressent erleidet durch ein Verschulden des Rechtsanwalts einen Unfall in dessen Büro. Hier erscheint es Baumbert nicht richtig, den Eigentümer nach § 276 BGB halten zu lassen. Infolge seiner Selbständigkeit sei der Rechtsanwalt nämlich bezüglich des sozialen Kontakts nicht Werkzeug des Eigentümers. Der soziale Kontakt komme vielmehr im Anwaltsbüro zwischen dem Rechtsanwalt und dem Kaufinteressenten zustande. Soweit der Rechtsanwalt dagegen schuldhaft Verhandlungspflichten verletzt, hat nach Ansicht Baumberts der Eigentümer diese Pflichtverletzung zu vertreten, da er sich insofern das Handeln des Rechtsanwalts als das seines Stellvertreters zurechnen lassen müsse.

Mag auch dieses Ergebnis nicht unbillig sein, so kann doch die Begründung nicht überzeugen. Von der Lehre des sozialen Kontakts her gesehen erscheint es nicht folgerichtig, hinsichtlich der Einstandspflicht für die Verletzung von Schutzpflichten auf die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Vertreters abzustellen. Der soziale Kontakt als "tatsächliche Situation" ¹⁾ kommt begrifflich immer nur zwischen den tatsächlich Verhandelnden, also dem Vertreter und Dritten, zustande. Da Baumbert seine Befreiung, da der Rechtsanwalt bezüglich der Verhandlungspflichten als Vertreter anzusehen ist, überhaupt nicht begründet hat, braucht auf sie auch nicht eingegangen zu werden.

3. Kritik an der Lehre vom sozialen Kontakt

Aber abgesehen von den Schwierigkeiten, die nach der Lehre vom sozialen Kontakt bei der Zurechnung der Schutzpflichten an den Vertretenen bestehen, erscheint es schon fraglich, ob bereits ein sozialer Kontakt, dessen Entstehen von einer Verhandlungsaufnahme unabdingbar ist, ausreicht, schuldrechtliche Pflichten unter den Beteiligten zu erzeugen.

Schon bald nach Erscheinen der Schrift Haupt hat Lehmann mit Recht festgestellt, daß "die Formel vom sozialen Kontakt" "viel zu weit und farblos" ist ²⁾. Im Grunde genommen sei so führt Lehmann a. a. ³⁾, auch das Delikt einer Verletzung von der Rechtsordnung mibilligter sozialer Kontakt. Ebenfalls bestene zwischen nebeneinander sitzenden Fahrgästen in einer Straßenbahn ein sozialer Kontakt, ohne daß gleich eine vertragliche Haftung angenommen werden dürfe.

Später hat Larenz in einer kritischen Stellungnahme zur Lehre Lelles darauf aufmerksam gemacht, daß diese zu einer "uferlosen Ausdehnung der vertragsartigen Haftung" ⁴⁾ führt. Gegenseitiges Vertrauen sei nämlich ein "allgemeines Prinzip

- 1) Siebert-Reimer Schmidt Bem. 5 vor § 275.
- 2) Lehmann IherJb 90, 131 (138).
- 3) Lehmann a. a. O. S. 137.
- 4) Larenz MDR 1954, 515 (518).

des menschlichen Verkehrs" ¹⁾. Es herrsche auch unter den Verkehrsteilnehmern im Straßenverkehr. Wenn zwei Kraftfahrer sich an einer Straßenkreuzung begegnen, erwarte jeder, daß der andere sich richtig verhalte, und vertraue sich und seine Rechtsgüter für einen Augenblick der Sorgfalt des anderen an.

Es ist möglich, daß Dölle solche Fälle nicht von seiner Lehre des sozialen Kontakts erfaßt wissen will ²⁾. Er verlangt nämlich, daß eine Person "zur Erreichung eines bestimmten Zwecks ihre Lebensgüter dem Einfluß" ³⁾ eines anderen anvertrauen muß und ein "spezifischer Zusammenhang zwischen dem Zweck des sozialen Kontakts und dem angerichteten Schaden" ⁴⁾ besteht. Verkehrsteilnehmer treffen sich aber nicht zu einem bestimmten Zweck, sondern begegnen sich rein zufällig ⁵⁾. Gleichwohl vernag diese Einschränkung auf ein Anvertrauen von Rechtsgütern zu einem bestimmten Zweck die Gefahr einer ungerechtfertigten Ausweitung der vertragsähnlichen Haftung nicht zu beseitigen, da ein Anvertrauen von Rechtsgütern im täglichen Leben sehr häufig ist. Nach Dölles eigenem Beispiel besteht bereits ein sozialer Kontakt, wenn jemand seinem Freund eine neu erworbene Maschine zeigt und dessen Kritik zu hören ⁶⁾. Jede Gefahr kann auch Barbi mit der von ihm vorgenommenen Beschränkung auf den vom Rechtssubjekt beherrschten Lebensraum nicht ausräumen. Gegen sie spricht vor allem, daß Schutzpflichten auch außerhalb der Rechtssphäre des Schädigers verletzt werden können und trotzdem die Verhandlungspartner, z.B. bei der Vorführung von Maschinen außerhalb der Verkaufsräume, nach vertraglichen Grundsätzen geschützt werden müssen.

Schließlich hat die ungebürtliche Ausdehnung der vertragsähnlichen Haftung, die die Lehre vom sozialen Kontakt mit sich bringt, zur Folge, daß eine sinnvolle Unterscheidung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, die dem BGB zugrunde liegt, nicht mehr möglich ist ⁷⁾, da bei einer Verletzung von Schutzpflichten nicht nur die Haftung aus sozialem Kontakt, sondern daneben auch regelmäßig die deliktische Haftung eingreift.

Im übrigen ist die durch die Lehre vom sozialen Kontakt erfolgte Herausnahme

1) Larenz a.a.O. S. 517; zustimmend Siebert-Reimer Schmidt Bem. vor § 275.

2) So Diers S. 39.

3) Dölle ZgesStW 103, 67 (74).

4) Dölle a.a.O. S. 73.

5) Vgl. Diers S. 39.

6) Dölle a.a.O. S. 73.

7) Vgl. Diers S. 40; Canaris VersR 1965, 114 (116).

der Schutzpflichten aus den c.i.c.-Tatbeständen ¹⁾ abzulehnen. Letztlich ist nämlich eine konsequente Trennung der Verhandlungs- und Schutzpflichten kaum durchzuführen ²⁾. Häufig dient eine Aufklärungspflicht auch dem Schutz des Gegners. Wenn der Verkäufer den Kunden während der Vertragsverhandlungen auf gefährliche Eigenschaften des Kaufgegenstandes hinweist, so kommt er nicht nur seiner Aufklärungs-, sondern zugleich auch seiner Schutzpflicht nach. Mit Recht haben daher Lehre und Rechtsprechung die vorvertragliche Haftung nicht auf die Verletzung von Verhandlungspflichten beschränkt ³⁾.

4. Baumerts Begründung der Lehre vom sozialen Kontakt und kritische Betrachtung derselben

Ungeachtet dieser Kritik hat Baumert ⁴⁾ versucht, für die Lehre vom sozialen Kontakt eine neue Begründung zu finden. Zunächst geht er im Gegensatz zu den übrigen Vertretern dieser Lehre davon aus, daß das haftungsbegründende Tatbestandsmerkmal, das Schutzpflichten entstehen läßt, nicht das Vertrauen, sondern lediglich der vom Haftenden gewollt herbeigeführte Kontakt der Rechtsgüter ist ⁵⁾. Dies erläutert er an folgenden Beispielen: Bei demjenigen, dem eine Ansichtssendung von Rasierklingen zugesendet worden ist und der sich beim Leeren des Briefkastens durch eine herausgeschobene Klinge verletzt, ist kein Vertrauen erweckt worden; desgleichen nicht bei dem, der aus Angst und Sorge nur mit höchstem Mißtrauen eine U-Bahn benutzt. Da nach Baumerts Ansicht auch in diesen Fällen unabhängig vom Vertrauen oder Nichtvertrauen eine vertragsähnliche Haftung eingreifen muß, ergibt sich für ihn, daß das Vertrauen, auch wenn es

- 1) Für eine Beschränkung der vorvertraglichen Pflichten auf die Aufklärungspflichten auch Titze JW 1931, 512 (513); ders. DJZ 1925, 490; ders., Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, VI, S. 516 (517); ebenso, besonders auf Grund eines Vergleichs mit dem ausländischen Recht, Nirk RabelsZ 18, 310 (350 f); kritisch auch v. Caemmerer, Juristentagsfestschrift, S. 49 (56 f).
- 2) Diers S. 50; auch Baumert S. 43 erkennt in gewisser Weise die Berechtigung dieses Einwandes an.
- 3) Larenz MDR 1954, 515 (517); ders., SR I, S. 41 Fn. 3, mit weiteren Nachweisen der Rspr.; Enneccerus-Lehmann § 43 III; Diers S. 50; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 417; Fischer S. 65; Unger S. 94/95; Hildebrandt S. 133 Fn. 88.
- 4) Baumert, Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo, Diss. 1955.
- 5) Baumert S. 29/31; dagegen sieht er bei den Offenbarungspflichten die Haftungsgrundlage in dem Vertrauen des Geschädigten (a. a. O. S. 47).

häufig besteht, nicht notwendige Haftungsvoraussetzung, vielmehr lediglich mitwirkende Schadensursache ist ¹⁾).

Zur Klärung der Frage, wann ein außervertragliches Schuldverhältnis, auf das § 278 BGB anwendbar ist, entsteht, vergleicht Baumert die Tatbestände der §§ 278 und 831 BGB. Wenn A den B zum Baumfällen bestellt und dabei von B zufällig der Passant P verletzt wird, so ergibt sich für § 831 BGB als Tatbestand die Verletzung der Gesundheit oder des Eigentums einer Person aus einem unbestimmbaren Kreis von Menschen, denen gegenüber der Prinzipal des handelnden Gehilfen nicht tätig werden wollte. Für § 278 BGB vermutet Baumert einen entsprechenden Tatbestand, nach dem diese Vorschrift anwendbar ist, wenn jemand durch einen Gehilfen gegenüber einer anderen bestimmten oder bestimmbaren Person tätig wird, gegenüber der er tätig werden will ²⁾. Unter dem gewollten Tätigwerden versteht Baumert nur sozial adäquate Handlungen, die gewollte deliktische Handlung scheidet er aus.

Zum Beweise dafür, daß der dem § 278 BGB unterstellte Tatbestand auch sonst im Gesetz zu finden ist, zieht er die gesetzliche Haftung des auftraglosen Geschäftsführers heran ³⁾. Dieser hafte auch nach § 278 BGB für Gehilfen. Seine Einstandspflicht aus dem Schuldverhältnis entstehe durch die bloße Tatsache der Geschäftsführung, die frei von rechtsgeschäftlicher Absicht sei. Im Falle der Geschäftsführung genüge es also zur Begründung eines Schuldverhältnisses und damit zur Anwendung des § 278 BGB, wenn jemand gegenüber einer anderen wenigstens bestimmbaren Person durch einen Gehilfen tätig werde und diese Tätigkeit ein sozial adäquates Ziel habe. Daraus folgert Baumert, daß § 278 BGB von vertraglichen Elementen unabhängig ist und Voraussetzung für eine Anwendung dieser Vorschrift "die willentlich sozial adäquate Tätigkeit gegenüber einer bestimmten oder bestimmbaren anderen Person durch einen Gehilfen." Darin, daß sich diese Voraussetzung vollständig mit dem Tatbestand des sozialen Kontakts deckt, sieht Baumert die Bestätigung dafür, daß "der gewollte Rechtsgüterkontakt, der sich durch die willentliche Tätigkeit gegenüber einer bestimmten anderen Person vollzieht, zur Entstehung des Schuldverhältnisses aus sozialem Kontakt, aus dem die speziellen Schutzpflichten erwachsen", führt ⁴⁾.

1) Ebenso Erman AcP 139, 272 (312), nach dessen Ansicht "Anscheinsverletzung und Vertrauenstäuschung ... zur adäquaten Verursachung des entstandenen Schadens" gehören. Dies sei besonders klar im Falle echter widerrechtlicher Bedrohung nach § 123 BGB (a. a. O. S. 314).

2) Baumert S. 35.

3) Baumert S. 36/37.

4) Baumert S. 37/38; ebenso Blomeyer, SR, § 17 III 1 b, S. 72/73.

Baumerts Beweisführung zum sozialen Kontakt ist jedoch nicht überzeugend. Die Anwendung des § 278 BGB setzt, darüber kann es nach dem Wortlaut dieser Bestimmung keinen Zweifel geben, das Bestehen einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit voraus¹⁾. Baumert ist nun der Meinung, daß bereits jeder willentlich herbeigeführte Rechtsgüterkontakt ein Schuldverhältnis herbeiführt. Den Beweis für seine These sieht er darin, daß mit dem tatsächlichen Akt der Geschäftsführung ohne Auftrag ein Schuldverhältnis entsteht. Diese Argumentation ist aber keineswegs zwingend, weil dabei der Grundgedanke und die besonderen Merkmale der G.o.A. außer acht gelassen werden.

Während nach Baumert zur Begründung eines Schuldverhältnisses jede willentliche Handlung gegenüber einem anderen genügt, wobei es gleichgültig ist, in wessen Interesse und auf welchem Lebensbereich sie erfolgt, wird durch das Institut der G.o.A. nur ein eng begrenzter und besonders gelagerter Teil aller denkbaren bewußten Handlungen gegenüber einem anderen erfaßt. Die §§ 677 ff BGB erfordern nämlich die Führung eines Geschäfts "für einen anderen". Wenn es auch zulässig ist, daß der Geschäftsführer im gleichen Maß im eigenen wie im fremden Interesse tätig wird, so ist doch stets erforderlich, daß er bewußt und willentlich auch im Hinblick auf das Interesse des Geschäftsherrn handelt²⁾. Weil nur "die verantwortungsvollen, altruistische Initiative zugunsten des Nächsten als im Interesse der Rechtsgemeinschaft unentbehrlich gefördert" werden soll und "andererseits der einzelne vor aufdringlichen, unerwünschten Eingriffen in seinen Rechtskreis zu schützen ist"³⁾, hat der Gesetzgeber zwischen berechtigter⁴⁾ und unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag unterschieden. Rechtsmäßig ist die G.o.A., wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Nur in diesem Fall entsteht das auftragsähnliche Schuldverhältnis der G.o.A.⁴⁾ mit der für den Geschäftsführer wichtigen Folge, daß er Aufwendungsersatz verlangen kann (§ 682 S. 1 BGB). Während beim sozialen Kontakt derjenige, der seine Rechtsgüter bewußt dem Einflußbereich eines anderen aussetzt, nach vertraglichen Grundsätzen geschützt werden soll, berücksichtigt der Gesetzgeber

1) RG 160, 310 (314); BGH 16, 259 (262).

2) Larenz, SR II, § 53 I, S. 267.

3) Erman-Hauß Anm. 1 vor § 677.

4) Larenz, SR II, § 53 vor I mit weiteren Nachweisen; im übrigen wird noch die Einschränkung gemacht, daß Handlungen allein der Kameradschaft oder des gesellschaftlichen Lebens nicht das Schuldverhältnis der G.o.A. schaffen (vgl. Palandt-Gramm § 677 Anm. 1 b), wie überhaupt nach h.L. zwischen unverbindlichen Gefälligkeiten und Verträgen zu unterscheiden ist (vgl. Larenz, SR II, § 52 I, S. 255/256; Rother S. 166 mit weiteren Nachweisen).

in den §§ 677 ff BGB gerade umgekehrt den Schutz der Person, in deren Angelegenheiten jemand ungebeten eingreift¹⁾, und bestimmt, unter welchen besonderen Voraussetzungen das Schuldverhältnis der G.o.A. entsteht²⁾. Es liegt auf der Hand, daß die Annahme, jeder willentlich herbeigeführte Rechtsgüterkontakt bewirke ein Schuldverhältnis, durch einen Hinweis auf die G.o.A. nicht gerechtfertigt werden kann.

Auch Baumert hat es also nicht vermocht, mit seiner Begründung der Lehre vom sozialen Kontakt die gegen diese Lehre bestehenden Bedenken auszuraumen.

5. Das berechnigte Anliegen der Lehre vom sozialen Kontakt

a) Bedürfnis nach einer Erweiterung der vorvertraglichen Haftung in bestimmten Fällen

Allerdings ist festzustellen, daß die Lehre vom sozialen Kontakt einen zutreffenden Kern enthält. Das Reichsgericht³⁾ und ihm folgend der Bundesgerichtshof⁴⁾ sahen nämlich die entscheidende Voraussetzung für die Entstehung vorvertraglicher Pflichten die Aufnahme von Vertragsverhandlungen an⁵⁾. Nach dieser Auffassung obliegen den Parteien erst vorvertragliche Schutzpflichten, wenn sie in eigentliche Vertragsverhandlungen eintreten. Dies hat zur Folge, daß ein Warenhaushaber oder ein Gastwirt vertragsähnlich – bei Verschulden von Vertretern bzw.

1) Vgl. Canaris VersR 1965, 114 (116 Fn. 16).

2) Daher ist auch der Versuch abzulehnen, mit Hilfe der Rechtsfigur der G.o.A. die Haftung für c.i.c. zu erfassen (vgl. Dorn NJW 1964, 799/800; ders. Diss. S. 70 f; Erman NJW 1965, 421). Struktur und Interessenlage der G.o.A. und des vorvertraglichen Pflichtenverhältnisses sind nämlich verschieden. Der Geschäftsführer führt einen bestimmten Erfolg im Interesse des Geschäftsherrn herbei. Im Verhandlungsstadium treten dagegen Personen zueinander in Beziehung, um die Grundlage für einen späteren Erfolg, nämlich den Vertrag, zu schaffen. Dabei verfolgt jede Partei in erster Linie ihre eigenen Interessen (s. treffend Erman a.a.O., vgl. auch Unger, S. 68/69).

3) Deutlich RG 120, 249 (251); RG 162, 129 (156).

4) BGH o. S. 1359 = NJW 1952, 1130 (1131) = MDR 1952, 64/69; JZ 1952, 591 (592) mit Anm. Nipperdey JZ 1952, 577; BGH LM Nr. 3 zu § 276 (Fa); BGH NJW 1960, 720 (721); vgl. aber auch S. 31 Fn. 4.

5) So auch die R.L., vgl. Berger S. 30; Stoll JW 1928, 1285; Hedenham, SK § 12 V. 5.

Gehilfen also im Rahmen des § 278 BGB - nur solchen Kunden haftet, die bereits durch Erkundigungen beim Verkäufer oder Aufgabe einer Bestellung Verhandlungen aufgenommen haben ¹⁾. Es ist jedoch unbefriedigend, daß von einem solchen zufälligen Umstand der Beginn der Haftung abhängen soll; vielmehr besteht im Interesse der Kunden ein Bedürfnis, daß bereits mit dem Betreten des Kaufhauses oder der Gastwirtschaft eine vertragsähnliche Haftung einsetzt. Die Vertreter der Lehre vom sozialen Kontakt nehmen hier bereits schuldrechtliche Pflichten an und kommen so zur erwünschten Anwendung des § 278 BGB.

b) Das von Larenz aufgestellte Erfordernis eines "geschäftlichen Kontakts" für eine vertragsähnliche Haftung

Um in diesen Fällen gleichfalls eine unbedingte Einstandspflicht des Warenhausinhabers oder Gastwirts für das Verschulden seiner Gehilfen zu erreichen, hat Larenz versucht, "eine sinn- und sachgemäße Erweiterung der vorvertraglichen Haftung" vorzunehmen ²⁾. Da es nach seiner Meinung bei diesen Haftungsfragen praktisch vor allem um die Anwendung des § 278 BGB geht, fragt er nach dem tragenden Rechtsgedanken dieser Bestimmung ³⁾, um auf diese Weise einen Anhaltspunkt für den Beginn der vorvertraglichen Haftung zu gewinnen. Den tragenden Rechtsgedanken des § 278 BGB erblickt Larenz in der objektiven Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis gegenüber dem Geschäftspartner. Der Schuldner rechnet sich die Tätigkeit des Gehilfen wie seine eigene zu und lasse sie sich regelmäßig dementsprechend vergüten. Wenn ihm aber die Tätigkeit des Gehilfen zugute komme, sei es auch nur gerecht, daß er für dessen Verschulden einzustehen habe. Da der Schuldner durch die Verwendung von Gehilfen einen Vorteil in Gestalt der Erweiterung seines geschäftlichen Wirkungskreises habe, rechtfertige es dieses geschäftliche Interesse an der Vergrößerung seines Wirkungsbereiches, ihm die in § 273 BGB angeordnete Garantiepflicht aufzuerlegen. Hieraus schließt Larenz, daß die Anwendbarkeit des § 278 BGB einen "Kontakt auf der Ebene des Geschäftsverkehrs" voraussetzt, der "mindestens die Möglichkeit in sich schließt, zu einem Geschäftsabschluß zu führen". Der Inhaber eines Warenhauses habe mithin unabhängig von einem etwaigen Verhandlungsbeginn wegen seines geschäftlichen Interesses "möglichen Kunden - und nur diesen!" - "vertragsähnlich zu halten" ⁴⁾.

1) Vgl. RG JW 1913, 23 (24), WarnRspr 1912 Nr. 41 (sog. Staudertl), RG 78, 239 (240) (sog. Linoleumrollenfall).

2) Larenz MDR 1954, 515 (518).

3) Larenz a.a.O. S. 517/518.

4) Larenz a.a.O. S. 518; ders., SR I, S. 41 Fn. 3; zustimmend Erman-Groepper § 276 Anm. 8; ebenso nunmehr auch der BGH NJW 1962, 31 (32) = VersR 1961, 1078 = LM § 276 (Fa) BGB Nr. 13 = JuS 1962, 116 Nr. 2 (sog.

Dem Ergebnis, daß nicht jeder beliebige, sondern zumindest ein geschäftlicher Kontakt für eine vertragsähnliche Haftung erforderlich, andererseits auch genügend ist, ist, wie später noch aufgezeigt wird¹⁾, zuzustimmen. An dieser Stelle sollen nur die Einwände, die gegen die von Larenz gebrauchte Begründung erhoben worden sind, kritisch beleuchtet werden.

c) Auseinandersetzung mit Einwänden gegen die von Larenz gebrauchte Begründung

Zunächst bezweifeln Diers²⁾ und Baumert³⁾, ob das Problem, wann eine vom rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien unabhängige Haftung einsetzen soll, überhaupt durch einen Rückschluß auf den Grundgedanken des § 278 BGB gelöst werden kann. Wann im Einzelfall eine vertragsähnliche Haftung gegeben sei, sei vielmehr eine Frage der Entstehung von Schuldverhältnissen.

Außerdem ist sicherlich so viel richtig, daß der Vorschrift des § 278 BGB grundsätzlich nur über das Vorliegen eines Schuldverhältnisses entnommen werden kann. § 278 BGB ist nämlich lediglich eine Zurechnungsnorm, nach der für fremdes schuldhaftes Handeln wie für eigenes gehaftet wird und deren Anwendung ein bereits bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt. In den von Larenz untersuchten „Warenhäusern“ geht es jedoch nicht um die Begründung eines Schuldverhältnisses schlechthin, sondern lediglich darum, ob das - allgemein anerkannte - Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen bereits in diesen Grenzfällen vorliegt. Zu diesem Zweck erscheint aber ein Rückgriff auf den Grundgedanken des § 278 BGB durchaus zulässig, da die Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß nicht zuletzt deswegen entwickelt worden ist, um § 278 BGB anwenden zu können.

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 31

Bananenschalenfall): "Der Kunde, der sich mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses in die vom Warenhaus beherrschte Sphäre begibt, hat schon von dem Augenblick an, in dem er das Warenhaus betritt, Anspruch auf vertraglichen Schutz seiner persönlichen Sicherheit." Für eine Haftung des Warenhausinhabers ebenfalls Hildebrandt S. 226; Planck-Siber Vorbem. I 4 c vor §§ 275 bis 292; Heldrich S. 55; Steinberg S. 94. Letzterer stellt darauf ab, daß Handlungen geäußert werden, die die Einleitung von Vertragsverhandlungen darstellen.

- 1) Vgl. unten S. 40/41.
- 2) Diers S. 47.
- 3) Baumert S.33.

Darüberhinaus bestreiten Diers ¹⁾ und Baumert ²⁾, daß die Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis der tragende Rechtsgedanke des § 278 BGB ist, da dieser Gesichtspunkt nicht für alle Anwendungsfälle der Bestimmung gleichermaßen gelte. Ein geschäftliches als ein auf Gewinnerzielung gerichtetes Interesse habe ein Schuldner bei der Zuziehung eines Gehilfen zur Erfüllung einer gesetzlichen oder unentgeltlichen Verpflichtung nur selten. Beschädigte jemand schuldhaft eine fremde Sache und lasse sie durch einen Gehilfen wiederherstellen, so wolle er lediglich den von ihm angerichteten Schaden wiedergutmachen, nicht so handelt ein Schlichter, Entleiher oder unentgeltlicher Verwalter, auch wenn sie Hilfspersonen verwendeten, wirtschaftlich vornehmlich in fremdem Interesse ³⁾.

Freilich findet § 278 BGB nicht nur bei geschäftlichen, also vertraglichen und entgeltlichen, sondern auch bei unentgeltlichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen Anwendung ⁴⁾. Jeder Schuldner - gleichgültig, ob er Geschäftsmann ist oder nicht - hat einem Gläubiger gegenüber für etwaiges Verschulden seiner Gehilfen einzustehen. Um dem Rechnung zu tragen, spricht Larenz daher in seinem Beitrag gelegentlich von der Verantwortlichkeit des Schuldners in seinem "Tätigkeitsbereich" ⁵⁾. Worin auch immer man den übergeordneten Gesichtspunkt in alle Fälle der Zuziehung sehen mag ⁶⁾, so darf doch nicht verkannt werden, daß vor allem aus Anlaß der wirtschaftlichen Entwicklung vom handwerklichen und kaufmännischen Kleinbetrieb zum Großunternehmen der rechtsgeschäftliche Verkehr die Garantierung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen geordert hat ⁷⁾. Möchte im Kleinbetrieb eine Haftung nach § 331 BGB ausreichen, weil der Geschäftsherr seine Gehilfen noch selbst auswählen und überwachen konnte, so erscheint im Großbetrieb bei zunehmender Arbeitsteilung

1) Diers S. 46.

2) Baumert S. 34.

3) Darauf hat bereits Feder S. 30 hingewiesen.

4) Vgl. Siebert-Reimer Schmidt § 278 Bem. 6.

5) Larenz, SR I, § 19 VIII, S. 235.

6) Palandt-Danckelmann § 278 Anm. 1 weist darauf hin, daß die Tätigkeit der Hilfspersonen im "Einfluß- und demgemäß Gefahrenkreis" des Schuldners liegt. Der BGH NJW 1957, 1187 spricht von "Rechtskreis". Meist wird § 278 BGB als Ausfluß des allgemeinen Vorteil - Nachteilprinzips (vgl. Mot II, '30; Feder S. 32; Enneccerus-Lehmann § 44, I 1, S. 194), als Fall einer Gefährdungshaftung (vgl. BGB-RGRK -Nastelski § 278 Anm. 1; Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung S. 120) einer besonderen vertraglichen Garantiepflicht (vgl. Esser, SR, § 58, 2; v. Caemmerer, Juristen-tagsfestschrift, S. 49 (118 Fn. 300)), einer Art Vertrauenshaftung (vgl. Siebert-Reimer Schmidt § 278 Bem. 1; Larenz JuS 1965, 373 (378)) angesehen.

7) Vgl. Esser, SR, § 58, 2 a; Larenz, SR I, § 19 VIII, S. 233/234.

die Einführung einer unbedingten Garantieflicht wünschenswert, da eine personliche Auswahl und Überwachung nicht mehr oder nur schlecht möglich war¹⁾, der Entlastungsbeweis sich aber leichter führen ließ und somit der Geschädigte mit seinem Anspruch an den meist vermögenslosen Gehilfen verwiesen wurde. Wenn der Geschäftsherr jedoch die Vorteile aus der Arbeitsteilung und der Erweiterung seines Geschäftskreises genießt, erfordert es die Billigkeit, daß er auch die damit verbundenen Nachteile als Betriebsrisiko trägt. Da maßgeblicher Gesichtspunkt für die Entstehung des § 278 BGB das Bedürfnis gewesen ist, dem Geschäftsherrn eine Verantwortlichkeit für seinen Geschäftsbereich aufzuerlegen, ist es auch gerechtfertigt, diese aus eben diesen Gedanken der Vorschrift anzusehen, auch wenn ihre gesetzliche Fassung weiter reicht.

Haben sich Diers und Baumert gegen die Begründung von Larenz gewandt, so ist Weber²⁾ der Meinung, daß die Bemühung von Larenz, den zur Haftung führenden sozialen Kontakt auf die Ebene des Geschäftsverkehrs zu beschränken, noch nicht "zu einem resolos befriedigenden Ergebnis" führt. Er will als "rechtlich relevant" auch die Fälle, in denen von einem geschäftlichen Kontakt noch nicht gesprochen werden kann, aber ein "beachtlicher sozialer Kontakt" bereits gegeben ist, berücksichtigen. Wann ein einzelner ein solcher Kontakt vorliegt, ist nach Ansicht Webers jeweils nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu ermitteln. Der Maßstab von Treu und Glauben ist jedoch viel zu allgemein, um ein geeignetes Abgrenzungskriterium zu sein³⁾.

Zuzugeben ist allerdings, daß es in Grenzfällen schwierig zu entscheiden sein mag, ob die Annahme vertragsähnlicher Pflichten geboten ist. Dies zeigt folgende Entscheidung des BGH⁴⁾: Der Angestellte einer Speditionsfirma stellte der Innaherin einer Pflurunternehmens (der Klägerin) aus Gefälligkeit einen Kraftfahrer zur Verfügung. Aufgrund der Unerfahrenheit des Fahrers entstand am LKW der Klägerin ein Motorschaden. Der BGH machte die Speditionsfirma für den Schaden verantwortlich, weil sie die Pflicht gehabt habe, einen zuverlässigen Fahrer abzuordnen und der Angestellte als ihr Erfüllungsgehilfe diese Pflicht verletzt habe. Die Schadensersatzpflicht der Beklagten konnte weder aus einem Verträge noch aus culpa in negotio hergeleitet werden, da sich aus den vom BGH⁵⁾ angegebenen Umständen noch kein Rechtsbindungswille der Parteien

1) Vgl. Siebert-Reimer Schmidt § 278 Bem. 1.

2) Staudinger-Weber § 242 Anm. A 421.

3) Auch die zitierte Entscheidung BGH NJW 1958, 866 Nr. 3 gibt in dieser Richtung keinen Hinweis.

4) BGH 21, 102 ff = MDR 1957, 22 ff mit Anmerkung Herrmann a. a. O. S. 25.

5) Vgl. BGH 21, 102 (107).

ergab ¹⁾ und auch kein Verhandlungsverhältnis oder ein Kontakt, der die Möglichkeit eines Geschäftsabschlusses in sich schloß, vorlag. Aber dennoch widerspricht diese Entscheidung grundsätzlich nicht der von Larenz vorgeschlagenen Lösung und läßt sich keinesfalls als Argument für die Richtigkeit der Lehre vom sozialen Kontakt heranziehen ²⁾, da die Gefälligkeit von einem Kaufmann im Rahmen seines Betriebes gewahrt wurde und damit geschäftlichen Charakter trug ³⁾. Auch in Grenzfällen ist entscheidend darauf abzustellen, inwieweit der Kontakt noch als ein geschäftlicher angesehen werden kann.

Welche Bedeutung im übrigen dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis in Bezug auf unsere Ausgangsfrage beikommt, kann erst untersucht werden, wenn die Rechtsgrundlage der vorvertraglichen Pflichten abschließend geklärt worden ist.

IV. DARSTELLUNG DER HAFTUNG FÜR c.i.c. ALS EINER AUF TREU UND GLAUBEN BERUHENDEN VERTRAUENSHAFTUNG

1. Die Entstehung einer Vertrauenslage durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen

Um den inneren Grund der Haftung für c.i.c. herauszufinden, ist es notwendig, sich die besondere Situation, in die sich die verhandelnden Parteien begeben, und die sich daraus ergebende Interessenlage vor Augen zu halten. Die Vertragsverhandlungen werden zwar von der Absicht des späteren Vertragsschlusses getragen ⁴⁾, ihr eigentlicher Zweck liegt jedoch darin, daß in dieser Zeit die Vertragsbedingungen ausgemacht werden und die Grundlage für den künftigen Vertrag geschaffen wird. Deshalb will jede Partei, um das für und wider einer vertraglichen Bindung abwagen zu können, alle Umstände erfahren, die für den Vertragsschluß von Bedeutung sind. Sie ist um so mehr an der Kenntnis und Aufklärung der maßgebenden Sachlage interessiert, je geringer ihr Wissen und je wichtiger und bedeutsamer für sie der in Aussicht genommene Vertrag ist, weil er finanzielle, zeitliche und sonstige persönliche Risiken mit sich bringt. Ander-

1) Zutreffend Rother S. 182 Fn. 1; Flume, AT, § 7, 7; Enneccerus-Nipperdey § 145 II A 1 b, S. 898 Fn. 12.

2) So aber Soergel-Siebert § 242 Bem. 104.

3) Vgl. auch unten S. 93.

4) Ballerstedt AcP 151, 501 (504) sagt, daß die "causa des Verhandlungsverhältnisses in dem erstrebten Vertragsschluß liegt".

rerseits möchte sie naturgemäß den Gegner möglichst wenig von solchen Umständen wissen lassen, die geeignet sein könnten, den Abschluß eines günstigen Vertrages zu vereiteln oder den Gegner überhaupt von einem Abschluß abzuhalten.¹⁾

Neben der Erwartung, über vertragswichtige Umstände aufgeklärt zu werden, besteht ein Interesse jeder Partei daran, während der Vertragsverhandlungen nicht an ihren Rechtsgütern wie Gesundheit und Eigentum verletzt zu werden.

Weil die Beachtung dieser Interessen in der Hand des Gegners liegt, hat er die Möglichkeit der Einflußnahme und Einwirkung in den Persönlichkeits- und Vermögensbereich des anderen²⁾. Von anderer Sicht aus betrachtet, macht also mit dem Eintritt in Verhandlungen eine Partei ihre Rechtssphäre zugänglich³⁾ und begibt sich in den Einflußbereich⁴⁾ und folglich eine gewisse Abhängigkeit der anderen. Wiewohl die Gefährdung der Rechtsgüter und die Möglichkeit, den Gegner zu schädigen, in der Regel bei beiden Verhandlungspartnern gegeben ist, hat jeder ein gesteigertes Interesse an einem redlichen und orgfaltigen Verhalten des anderen⁵⁾ und erwartet, daß er im Laufe der Verhandlungen über alle vertragswichtigen Umstände aufgeklärt wird und seine Rechtsgüter nicht verletzt werden.

Die Erfüllung dieser Erwartung liegt jedoch nicht im Beherrschungsvermögen der gefährdeten Partei selbst, sondern hängt von der anderen ab, wenn aber im Rechtsleben die eigene Macht versagt, muß, wie Müller-Erbach⁶⁾ festgesteilt hat, vor allem das Vertrauen zu den Mitmenschen und ihrem Wort aushelfen. Begibt sich jemand in Vertragsverhandlungen und geht davon aus, daß ihm Schädigungen irgendwelcher Art erspart bleiben, muß er notgedrungen darauf vertrauen, daß seine Erwartung nicht enttäuscht wird. Aus der Eröffnung der Verhandlungsbeziehungen erwacht also eine Vertrauenslage, bei der jeder von vorneherein darauf vertraut, nicht in Gefahr gebracht zu werden.⁷⁾ Zutreffend be-

1) Vgl. auch Ballerstedt a.a.O. S. 503; Medicus JuS 1965, 209 (213).

2) Vgl. Betti, Festgabe für Müller-Erbach, S. 1 (27); ders., Festschrift für Lehmann, S. 253 (257); Siebert-Reimer Schmidt Bem. 2 vor § 275; Erman AcP 139, 273 (274, 320, 321); Raiser AcP 127, 1 (23), der daher die Rechtspflichten mühelos an den Tatbestand der Einwirkung in die fremde Interessensphäre anknüpfen zu können glaubt.

3) Simitis S. 588.

4) Larenz, SR I, § 4 V, S. 39.

5) Vgl. Esser, SR, § 10, 2 a, S. 32; Simonius, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, S. 223 (242).

6) Müller-Erbach Universitas 1949, 1423 (1428).

7) Vgl. Eichler S. 11.

tont Ballerstedt, daß mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen der eine Teil durch sein Verhalten Vertrauen erweckt und in Anspruch nimmt und der andere Teil in eben dieses Verhalten Vertrauen gewährt.¹⁾ Der Vertrauensgedanke^{2) 3)} trägt das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen.

1) Ballerstedt a.a.O. S. 506, 507 Fn. 17.

2) Vgl. Stoll, Leistungsstörungen, S. 26; Stoll-Felgenträger, Vertrag und Unrecht, S. 17; Hildebrandt S. 132; Kruse S. 13: "Die Rechtfertigung des Vertrauens des Gegners ist die Basis aller Verhandlungspflichten"; Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. II, S. 82; ders., SR I, S. 39; Staudinger-Werner, 9. Aufl., § 278 Anm. 2 a; Meier-Hayoz S. 86 Fn. 4; Hahn S. 111; Betti, Festschrift für Müller-Erbach, S. 1 (27); Simonius, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, S. 233 (242); Coing, Festschrift für Dölle, Bd. I, S. 30; Wesenberg DRiZ 1953, 19; Diers S. 53; Siebert-Reimer Schmidt Bem. 3, 5 vor § 275; HGB-RGRK - v. Godin § 346 Anm. 20: "Die Verpflichtung wird begründet und auch inhaltlich bestimmt durch den erhobenen Anspruch auf das Vertrauen des Verhandlungspartners"; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 417; Esser, SR, § 10, 1b; Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 6 a; Medicus JuS 1965, 209 (213); einschränkend Flume AcP 161, 52 (63); a.A. Leonhard, SR, S. 554, weil das Vertrauen "ganz unbestimmt und unzureichend" sei; zutreffend auch die Formulierung der Rechtsprechung "vertragsähnliches Vertrauensverhältnis" in RG 120, 249 (251); RG 162, 129 (156).

3) Das Verhandlungsvertrauen ist übrigens, was im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht näher ausgeführt werden kann, in seiner Auswirkung verschiedenartig von dem Vertrauensschutzgedanken, der auch der Haftung aus erzeugtem Rechtsschein und dem § 122 BGB zugrunde liegt. Während jeder Verhandlungspartner auf ein redliches Verhalten des anderen vertrauen darf und für diesen daraus bestimmte Pflichten erwachsen, bei deren schuldhafter Verletzung Schadensersatz zu leisten ist, darf in jenen Fällen der Verkehr darauf vertrauen, daß die hinter einem äußeren Verhalten oder objektiv vorhandenen Tatsachen scheinbar existierenden Rechtsverhältnisse oder rechtlich erheblichen Erklärungen auch tatsächlich wirksam bestehen (vgl. Esser, SR, § 10, 1 c; vgl. auch Coing, Festschrift für Dölle, Bd. I, S. 30; Eichler S. 13). In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, daß bereits Ihering in IherJb 4, 1 (33) erwogen hat, ob man in der Klage aus c.i.c. "einen Ausfluß dieses allgemeinen Gedankens des Schutzes putativer Verhältnisse erblicken" könne. Ihering hat allerdings diesen Gedanken "entschieden" zurückgewiesen.

2. Treu und Glauben als positiv-rechtliche Grundlage der Haftung für c.i.c.

Ihre positiv-rechtliche Grundlage findet die Erkenntnis, daß das Vertrauen als das eigentlich haftungsbegründende Moment der vorvertraglichen Pflichten anzusehen ist, in § 242 BGB ¹⁾. Wenn auch die Haftung für c.i.c. nicht "logisch zwingend" ²⁾ aus Treu und Glauben entnommen werden kann, so hat doch gerade dieser Grundsatz zum Inhalt, daß jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr das Vertrauen des anderen nicht enttäuschen darf ³⁾.

a) Der in der Wortbedeutung von Treu und Glauben enthaltene Hinweis auf das Vertrauen

Auch ein kurzer Blick auf die ursprüngliche Wortbedeutung ergibt ⁴⁾ daß in dem Grundsatz von Treu und Glauben als wesentlicher Bestandteil das Vertrauen enthalten ist. Die Worte Treu und Glauben waren zunächst rein geistige Begriffe ⁵⁾. Beim Übergang zum allgemeinen Verkehr hatte Treue die Bedeutung von Ehrlichkeit, Redlichkeit, Gewissenhaftigkeit und Festigkeit ⁶⁾. Glaube hatte dagegen den Sinn von Vertrauen auf die ehrliche Erfüllung einer Zusage und Verpflichtung ⁷⁾ und bedeutete vor allem dann Vertrauen und Zutrauen, wenn sich die vertrauensvolle Erwartung auf die Zuverlässigkeit einer handelnden Person richtete ⁸⁾. Am meisten abgeschliffen in Bedeutung und Gebrauch wurden Treu und Glauben als Redewendung ⁹⁾. Der ursprüngliche Sinn des in ihr liegenden Wechselverhältnisses, nämlich Treue auf Seiten dessen, dem etwas anvertraut

- 1) Vgl. Staudinger-Weber § 242 Anm. A 417; Eichler S. 13; Hahn S. 111; Fikentscher, SR, § 20 III, 1, S. 64; Larenz, Methodenlehre S. 315; Canaris JZ 1965, 475 (476); Hamburger S. 138; Hedemann, SR, S. 84/85; ders., Flucht in die Generalklauseln, S. 63; Geiß S. 19; vgl. auch RG 107, 357 (362); 120, 249 (252); 143, 219 (222); 147, 103 (110).
- 2) HGB-RGRK- v. Godin § 346 Anm. 20; vgl. auch Larenz, Methodenlehre S. 315.
- 3) Vgl. Larenz, SR I, § 10 I, S. 107.
- 4) Vgl. auch Fechner S. 6 ff, der die Worte Treu und Glauben eingehend etymologisch untersucht. Mit Recht weist Hueck, Treuegedanke, S. 18, darauf hin, daß einer sprachgeschichtlichen Untersuchung nur ein beschränkter Wert zukommt.
- 5) Grimm, Wörterbuch, unter Treue vor I, unter Glaube vor I A.
- 6) Grimm, unter Treue III B 1 c; Heyne, Wörterbuch, unter treu.
- 7) Grimm, unter Glaube II A 3 b.
- 8) Grimm, unter Treue III B 4 d.

wird, und Glaube als Vertrauen auf Seiten des Anvertrauenden ¹⁾, wurde jedoch früh verwischt und ging nahezu aus dem Bewußtsein verloren ²⁾.

Als typisch juristische Formel gewann Treu und Glauben aber seine besondere Bedeutung auf rechtlichem Gebiet. Ist dieser Begriff auch schwer fassbar ³⁾, so läßt sich doch die Treue als "die selbstlose Bereitschaft zur Einhaltung der Verpflichtungen gegenüber derjenigen Person, der Treue geschuldet wird" und der Glaube als "das Vertrauen auf die Treue des anderen Teils" ⁴⁾ umschreiben. Das Wort Glauben ist also, wie Eichler feststellt ⁵⁾, "durch den Begriff "Vertrauen" am besten zu veranschaulichen und hiermit unbedenklich gleichzusetzen".

b) Die Verhandlungsbeziehung als Sonderverbindung

Wenn auch die Wortbedeutung von Treu und Glauben darauf hinweist, daß es zur Aufgabe des § 242 BGB gehört, Vertrauenslagen zu schützen, so kann dieser Schutz doch kein allgemeiner sein und für jedes im menschlichen Zusammenleben bestehende Vertrauen gelten ⁶⁾. Vielmehr beschränkt sich die Anwendung des § 242 BGB auf rechtliche Sonderverbindungen, d. h. auf solche Beziehungs-
ernhältnisse, in denen sich die beteiligten Personen in ähnlicher Verbundenheit wie bei einem auf Vertrag beruhenden Schuldverhältnis gegenüberstehen.

Welche Beziehung als rechtliche Sonderverbindung zu bewerten ist, läßt sich nicht allgemein sagen. Als Rechtsverhältnis in diesem Sinne wird man zumindest die durch Rechtsvorschriften geordneten Beziehungen von Personen zu anderen Perso-

1) Sanders, Handwörterbuch, unter Glaube 1 c.

2) Vgl. Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben, S. 9; Fechner S. 10.

3) Baumann S. 23; Oertmann § 242 Anm. 2 b; Wendt AcP 100, 1 (2/3); Erman AcP 139, 273 (307); Siebert, Verwirkung, S. 117.

4) Soergel-Siebert § 242 Bem. 5; vgl. auch Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 153; Palandt-Danckelmann § 242 Anm. 1; Wendt AcP 100, 1 (4); Larenz, SR I, § 10 I, S. 106.

5) Eichler S. 17; vgl. auch Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. I, S. 109; Merz in Berner Komm., Art. 2 Anm. 17; Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben, S. 9.

6) Daß es ein absolut geltendes Prinzip des Vertrauensschutzes nicht gibt, betonen Eichler S. 18 und Manigk, Festschrift für Heymann, S. 590 (596).

7) Baumgärtel ZZP 1956, 89 (93); Siebert, Verwirkung, S. 118; Larenz, SR I, § 10 I, S. 107; Merz in Berner Komm. Art. 2 Anm. 20; Hubmann AcP 155, 85 (87 Fn. 11); Schilling JZ 1953, 489; Soergel-Siebert § 242 Bem. 4; Hueck, Der Treuegedanke, S. 10.

„en“¹⁾ ansehen können. Daher sind rechtliche Sonderverbindungen nicht nur jedes Schuldverhältnis, sondern auch das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis²⁾, das Prozeßrechtsverhältnis³⁾ und die Beziehung der öffentlichen Verwaltung zum Einzelnen⁴⁾. Ob man darüber hinaus alle „engeren und weiteren Gemeinschaftskreise“⁵⁾, „ein bestimmtes menschliches Miteinander“⁶⁾ und jeden „durch eine konkrete Interessenverknüpfung begründeten sozialen Kontakt“⁷⁾ als Rechtsverhältnis und damit als rechtliche Sonderverbindung kennzeichnen soll, erscheint sehr fraglich.

Mit Recht hat man jedoch den verhandelnden Parteien eine solche Sonderstellung zuerkannt⁸⁾. Sie sind nämlich, wie Hildebrandt treffend bemerkt⁹⁾, „aus der Delikts- ... in die Verhandlungs-, die Rechtsgeschäftssphäre eingetreten“ und stehen sich somit „nicht mehr als rechtsfremde Dritte, sondern als verhandelnde Rechtsgeschäftsbeteiligte gegenüber“.

c) Anwendung von Vertragsrecht auf die vorvertraglichen Pflichten

Da sich die Verhandlungspartner in einer Sonderverbindung innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs befinden, liegt es auch nahe, auf dieses Verhältnis Vertragsrecht und damit § 278 BGB anzuwenden. Aus der Einordnung der Haftung für c.i.c. in Treu und Glauben ergibt sich die Anwendung des § 278 BGB freilich unmittelbar zwingend¹⁰⁾. Sie ist vielmehr deshalb gerechtfertigt, weil die vorvertraglichen Pflichten aus einem Vertrauensverhältnis entspringen, das in unmittelbarem Zusammenhang mit einem Verträge und im Hinblick auf den Abschluß

1) Vgl. Lehmann, AT, § 10 II 1.

2) Vgl. BGH NJW 1965, 389 m.w.N.

3) Vgl. Baumgärtel ZJP 1956, 89 (93 ff, 131).

4) Vgl. Forsthoff § 9, S. 155/156 m.w.N.

5) Esser, Grundbegriffe, S. 147; Soergel-Siebert § 242 Bem. 13.

6) Fechner S. 23.

7) Soergel-Siebert § 242 Bem. 13.

8) Esser, SR, § 10,1 vor a; Larenz, SR I, S. 39; Unger S. 109; Stoll JW 1973, 34 (35); Dorn NJW 1964, 799 (800); Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 271; Erman § 242 Anm. III 2, c, aa; Nikisch, Festschrift für Dölle, S. 79 (90).

9) Hildebrandt S. 124.

10) HGB-RGRK - v. Godin § 346 Anm. 20.

alles solchen entstanden ist¹⁾. Dieses Mandat ist auch in dem Ergebnis enthalten, zu dem Larenz kommt²⁾. Es gilt § 275 BGB lediglich bei Kontakten auf der Ebene des Gesellschaftsverkehrs für anwendbar, die mindestens die Möglichkeiten in sich enthalten, zu einem Geschäftsabschluß zu führen. Unter der Annäherung gesellschaftlicher Beziehungen soll allerdings nicht nur die Zielrichtung auf gegenseitige entgeltliche Verträge, wie sie Larenz insbesondere vor Augen hatte, verstanden werden, sondern auch unentgeltliche und einseitig verpflichtende Verträge³⁾.

Weil bei einem "durch eine konkrete Interessengeknüpfung begründeten sozialen Kontakt"⁴⁾ oder einer Beziehung im gesellschaftlichen Bereich⁵⁾ eine solche Verträge nicht gegeben ist, ist nach der Anwendung des § 275 BGB anzunehmen. Zu weit geht auch die Ansicht Böhmers⁶⁾, als Voraussetzung für die Anwendung des § 275 BGB sei genügend, daß zwei bestimmte Personen in einer "mehr oder weniger engen Treuebindung" zueinander stehen. Verzichtet man auf das Erfordernis des inneren Zusammenhangs mit dem Verträge⁷⁾, so würde dies zu einer Anwendung des § 275 BGB bei nahezu allen Rechtsgüterverletzungen führen. Da diesem Ergebnis nicht zugestimmt werden kann, wurde bereits bei der Ablehnung der Lehre vom sozialen Kontakt dargelegt⁸⁾.

3. Die Verkehrssitte als Maßstab für die Schutzwürdigkeit des Verhandlungsvertrauens

In dem Grundsatz von Treu und Glauben ist nicht nur die positiv-rechtliche Grundlage der vorvertraglichen Pflichten zu sehen, sondern nach § 242 BGB bestimmt sich auch, in welchem Umfang das im Verhandlungsstadium von den Parteien einander entgegengebrachte Vertrauen zu schützen ist.

Seiner eigentlichen Natur nach ist das Vertrauen subjektiv gearret, da es eine seelische Gefühlsregung und eine Gefühlslage von einer gewissen Dauer und Gleich-

- 1) Ebenso Siebert-Reimer Schmidt Bem. 5 vor § 275; Simitis S. 589; Diers S. 53/54; Canaris VersR 1965, 114 (117); vgl. auch Staudinger-Weber § 242 Anm. A 421; Esser, SR, § 10, 1 a.
- 2) Larenz MDR 1954, 515 (518).
- 3) Vgl. Diers S. 53 Fn. 138.
- 4) Soergel-Siebert § 242 Bem. 13.
- 5) Unger S. 110 Fn. 340.
- 6) Böhm MDR 1961, 566.
- 7) Baumert S. 39 sieht es allerdings als eine "Notlösung" an.
- 8) Vgl. oben S. 25 ff.

Maßigkeit ist und damit dem "Empfindungs- und Vorstellungslieben" angehört¹⁾. Das Vertrauen hat jedoch im Hinblick auf seine rechtliche Verwendbarkeit einen spezifischen Bedeutungswechsel erfahren. Wenn nämlich ein Ausenstehender Vorgänge des Innenlebens eines anderen nicht ohne weiteres erkennen kann, ist es auch dem Recht nur möglich, das Vertrauen zu beachten, soweit ein äußeres Verhalten den Schluß auf das Vorhandensein einer Vertrauenslage ziehen läßt²⁾. Aus äußeren Umständen kann daher nur entnommen werden, ob ein Vertrauen vorhanden und als schutzwürdig anzusehen ist. Einen Maßstab für die Schutz- und Aufklärungspflichten der Vertrauenspartei hat das Reichsgericht auf die Verhältnisse des Verkehrs, das für allgemein geltende zu betrachten ist.³⁾ Das Vertrauen ist also, genauso wie überhaupt der Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁾, vor allem objektiv zu werten⁵⁾. In welchem Umfang das Vertrauen zu beachten ist und der, dem das Vertrauen entgegengebracht wird, verpflichtet ist, es nicht zu enttäuschen, bestimmt sich nach objektiven, allgemein vom Verkehr anerkannten Gesichtspunkten und nicht nach subjektiven Erwägungen des einzelnen Falls⁶⁾.

Das Maß und der Umfang der Schutz- und Aufklärungspflichten richten sich also in jedem Abschnitt der Verhandlungen nicht nach dem Grad des Vertrauens, das tatsächlich gefordert und gewährt wird⁷⁾, sondern nach dem Vertrauen, das der Vertrauenspartei gegenüber der Vertrauenspartei zu erwarten ist. Beobachtet man an diesem Punkt die Grenze der objektiv geforderten und gewährten Pflichten, so wird man zu dem Ergebnis kommen, daß die Verhandlungspflichten an ein Verhalten anknüpfen, das "nach den Grundsätzen der Redlichkeit und nach seiner sozialen Erscheinungsform geeignet ist, Vertrauen zu erwecken"⁸⁾. Auch das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof haben mit Recht als Voraussetzung einer Offenbarungspflicht gefordert, daß der Verhandlungspartner die Mitteilung der betreffenden Tatsache nach den Grundsätzen eines

1) Rumpf AcP 119, 1 (21 ff); Eichler S. 4/18.

2) Eichler S. 5/18.

3) Vgl. Hahn S. 13.

4) Vgl. Siebert, Verwirkung, S. 117; Esser, SR, § 31, 2, S. 101; Hahn S. 13; HGB-RGRK - v. Godin § 346 Anm. 20; Oertmann § 242 Anm. 2 a; Stammler, SR, S. 43/45.

5) Eichler S. 18/19.

6) Kruse S. 13; vgl. auch Hartmann AcP 72, 161 (251); Meier-Hayoz S. 110.

7) Mißverständlich Ballerstedt a.a.O. S. 506, 508.

8) RG 48, 114 (124).

9) Ballerstedt a.a.O. S. 507 Fn. 17; vgl. auch Flume AcP 161, 52 (63); Wieacker, Präzisierung, S. 28.

reellen Geschäftsverkehrs" ¹⁾ und nach der "Verkehrsanfassung" ²⁾ erwarten dürfte.

Deshalb ist es auch gar nicht notwendig, daß sich unter den Beteiligten eine tatsächliche Vertrauensbeziehung bindet ³⁾. Entscheidend ist vielmehr, daß der eine auf Grund einer bestimmten Situation, wie sie der Verhandlungseintritt stets darstellt, auf ein redliches, ihn vor Schäden bewahrendes Verhalten des anderen vertrauen darf.

Mit diesem Ergebnis lassen sich auch die Einwände Erman's ⁴⁾ und Baumert's ⁵⁾ gegen das Vertrauen als haftungsbegründendes Moment widerlegen ⁶⁾. Die von ihnen zur Begründung ihrer Ansicht angeführten Sachverhalte, in denen keine subjektive Vertrauensbeziehung besteht, können natürlich beliebig eingeordnet werden. In den Fällen widerrechtlicher Bedrohung, des mißtrauischen U-Bahnbenutzers oder desjenigen, der sich bei der Entleerung des Briefkastens an einer schlecht verpackten Ansichtssendung von Rasierklingen verletzt, ist sicherlich keine subjektive Vertrauensbeziehung entstanden. Die dennoch gebotene Haftung ⁷⁾ läßt sich aber damit rechtfertigen, daß die Betroffenen eben, objektiv

1) RG 111, 233 (244) = RG JW 1926, 2601; vgl. auch RG 97, 325 (327).

2) BGH LM § 276 (Fb) BGB Nr. 1; vgl. auch Medicus JuS 1965, 209 (213), nach dessen Ansicht Vorsicht bei der Annahme einer Haftung aus c.i.c. geboten ist, da "der Verkehr nicht selten davon ausgeht, daß gerade der am Vertragsschluß Interessierte seine Angaben tendenziös färben könnte". Zutreffend Eichler S. 13; a. A. Merz in Berner Komm. Art. 2 Anm. 34, der ein "bestimmtes Vertrauen der Beteiligten" verlangt. Das RG hatte zuerst ebenfalls darauf abgestellt, ob zwischen den Vertragsschließenden tatsächlich ein Vertrauensverhältnis besteht (RG 88, 103 (105)). Während RG 143, 219 (223) offen ließ, ob dies Voraussetzung einer Haftung für c.i.c. sei, hat späterhin das RG stets entschieden, "daß schon bloße Vertragsverhandlungen ... ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten erzeugen" (RG 159, 33 (54) m. w. N.).

4) Erman AcP 139, 273 (312 f).

5) Baumert S. 29/31.

6) Vgl. oben S. 28 mit Fn. 1.

7) Diers S. 52/53 will allerdings im Rasierklingenfall eine Haftung aus c.i.c. nicht eingreifen lassen, weil der Empfänger noch nicht wisse, daß mit der Sendung Vertragsverhandlungen aufgenommen werden sollen, und in ihm deshalb auch noch kein "im Hinblick auf den Vertragsschluß begründetes Vertrauen erweckt" sein könne. Diers verkennt, daß eine tatsächliche Vertrauensbeziehung nicht erforderlich ist und bereits eine einseitige Aufnahme von Vertragsverhandlungen die vorvertraglichen Pflichten entstehen läßt (vgl. Baumert S. 30; vgl. auch oben S. 7 Fn. 3).

gesehen, darauf vertrauen durften, nicht geschädigt zu werden.

Steht in diesen Fällen das Fehlen eines subjektiven Vertrauens einer Haftung nicht entgegen, so besagt das noch nicht, daß ein besonderes persönliches Vertrauen, wie es sich z.B. in einer lang andauernden Geschäftsverbindung bilden kann, keine Bedeutung hat. Ein solches kann vielmehr erhöhte Pflichten entstehen lassen. Auch hier ist aber wichtig, daß ein solches besonderes Vertrauen durch äußere Umstände für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar ist.

4. Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung über den Haftungsgrund der vorvertraglichen Pflichten ist festzuhalten, daß diese auf dem von den Verhandlungspartnern einander entgegengebrachten Vertrauen beruhen und ihre positiv-rechtliche Stütze in § 242 BGB finden.

Auf dieser Grundlage ist es nun auch möglich, das früher aufgeworfene und noch offen gelassene Problem ¹⁾ zu klären, warum das mit dem Verhandlungseintritt des Vertreters entstehende Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen dem Vertretenen zugerechnet wird und ihn die vorvertraglichen Pflichten treffen. Die Lösung dieses Problems ist aber, wie oben dargelegt ²⁾, erforderlich, da das Bestehen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Vertretenem und Drittem Voraussetzung dafür ist, daß der Vertretene vorvertragliches Verschulden seines Vertreters gemäß § 278 BGB in gleichem Umfange zu vertreten hat wie eigenes Verschulden.

1) Vgl. oben S. 10/11.

2) Vgl. oben S. 8/9.

V. ZURECHNUNG DES MIT DEM VERHANDLUNGSEINTRITT DES VERTRETETEN ENTSTEHENDEN SCHULDVERHÄLTNISSSES AN DEN VERTRETENEN

1. Die Lehre Ballerstedts und Stellungnahme

a) Gleichstellung oder Unterordnung des Vertreters als Zurechnungsmaßstab für das vom Verhandlungsgegner in Anspruch genommene Vertrauen

Unter Zurechnung der Haftung für culpa als einer Vertrauenshaftung hat als erster Ballerstedt¹⁾ eine eingehende Untersuchung darüber vorgenommen, wann dem Vertreter an der durch den Vertreter erfolgten Verhandlungsaufnahme die vorvertraglichen Pflichten treffen. Ballerstedt verbindet allerdings dieses Problem eng mit der Frage, wann der Vertreter für eine von ihm begangene Pflichtverletzung einzustehen hat. Des besseren Verständnisses wegen soll deshalb Ballerstedts Lehre hier geschildert dargestellt werden, obwohl die Erörterung der Frage der persönlichen Haftung des Vertreters einem späteren Kapitel vorbehalten ist.

Ballerstedt ist der Meinung, daß die Vertrauensbeziehung der Vertragsvorbereitung einer Stellvertretung nicht zugänglich ist, vielmehr nur "von einer Vermittlung des Vertrauens des Dritten gesprochen werden darf", da das Vertrauen auf einen Menschen an der Person dessen haftet, dem vertraut wird²⁾. Seiner Ansicht nach kommt es vielmehr für die Frage nach der Haftung des Vertreters oder Vertretenen darauf an, "wenn der Dritte sein "Verhandlungsvertrauen" in der Erwartung schenken darf, in diesem Vertrauen Rechtsschutz zu genießen"³⁾. Wie man bei den Reaktanten des Erwerbs oder der Aufgabe des Besitzes, der Vermischung, Verbindung oder Veranberung zur Lösung des Problems, wenn die Wirkungen dieser Rechtshandlungen zuzurechnen sind, auf den "sozialen Tatbestand der Eingliederung in den Herrschaftsbereich des anderen" abstellen müsse⁴⁾, so hält er es auch für die Entscheidung, wenn das Verhandlungsvertrauen gilt, von wesentlicher Bedeutung, ob der Vertreter oder der Vertretene der sozialen oder rechtlichen Stellung nach unter-, über- oder ob beide gleichgeordnet sind⁵⁾.

1) Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, 501-531.

2) Ballerstedt a. a. O. S. 510.

3) Ballerstedt a. a. O. S. 508.

4) Ballerstedt a. a. O. S. 509.

5) Ballerstedt a. a. O. S. 509.

6) Ballerstedt a. a. O. S. 517.

Nach diesen Gesichtspunkten bildet er drei Gruppen. Auf die dritte, in der er die Fälle der gesetzlichen Vertretung untersucht, soll erst später eingegangen werden.

Der ersten Gruppe rechnet Ballerstedt solche Vertretungsverhältnisse zu, "bei denen der Vertreter in ein wirtschaftliches Unternehmen oder in einen privat- oder öffentlich-rechtlichen Verband organisatorisch derart eingegliedert ist, daß er als Persönlichkeit in ihm aufgeht" ¹⁾. In diesen Fällen der Vertretungsmacht "kraft Einordnung des Vertreters in ein rechtlich geordnetes überpersonales Gebilde" besteht das Verhältniß nicht zu den Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Angestellten oder Beamten, sondern allein zu dem Geschäftsherrn, und daher haftet nur dieser. Auch wenn etwa die Kunden einer Bank dem Prokuristen Vertrauen entgegenbringen, weil sie in ihm "die Seele des Geschäfts" erblicken, so ist davon auszugehen, daß dieses Vertrauen doch nur eine Bekräftigung des Vertrauens zu dem Firmeninhaber selbst sein kann ²⁾.

In der zweiten Gruppe behandelt Ballerstedt die Fälle, in denen als Bevollmächtigte wirtschaftlich selbständige Personen auf Grund "Vertretungsmacht kraft freier Zuordnung" entweder ständig (wie der Handelsagent mit Abschlußbefugnis nach § 84 HGB) oder auf Grund Einzelauftrags (wie z. B. Makler, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer) mit der Vorbereitung und dem Abschluß eines Vertrages betraut sind ³⁾. Die Frage der Haftung für c. i. c. läßt sich nach seiner Ansicht hier nicht einheitlich entscheiden. Verschiedene Haftungsfolgen ergeben sich je nachdem, wer das Verhandlungsverhältnis angeknüpft hat und inwieweit im Laufe der Verhandlungen der Geschäftsherr oder die Mittelsperson hervortritt:

Der Geschäftsherr haftet allein, wenn er das Verhandlungsvertrauen des Partners für seinen Vertreter in Anspruch nimmt ⁴⁾. Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt oder legt der Vertreter eine Vollmachtsurkunde seines Auftraggebers vor, so bringt der Vollmachtgeber damit in der Regel zum Ausdruck, daß der Vertreter "sein Vertrauensmann für die Führung der Verhandlung" ist. Eröffnet der Vertreter ohne Vorlegung einer Vollmachtsurkunde im Namen des Geschäftsherrn die Verhandlungen, so ist er zwar zunächst selbst Träger der Vertrauensbeziehung zu dem Dritten. Wenn er aber im weiteren Verlaufe der Verhandlungen kein persönliches Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, indem er z. B. für den Dritten erkennbar nur als Übermittler von Auskünften und Erklärungen seines Auftraggebers auftritt ⁵⁾, trifft ihn lediglich eine

1) Ballerstedt a. a. O. S. 517.

2) Ballerstedt a. a. O. S. 518.

3) Ballerstedt a. a. O. S. 518.

4) Ballerstedt a. a. O. S. 519 ff.

5) Ballerstedt a. a. O. S. 520.

Gewährschaftspflicht für das Bestehen der Vertretungsmacht gemäß § 179 BGB. Auch wenn er den ihm aufgetragenen Erklärungen seines Geschäftsherrn schuldhaft einen anderen Inhalt gibt ¹⁾, haftet er nicht persönlich, sondern vermittelt nur das Vertrauen des anderen Teils zu seinem Auftraggeber ²⁾.

Der Vertreter haftet neben dem Vertretenen unmittelbar, wenn er "eine Vertrauenswerbung für sich persönlich entfaltet und diese für das Verhandlungsverhalten des Dritten bestimmend wird" ³⁾. Eine derartige Vertrauenswerbung liegt vor, wenn "der Bevollmächtigte mit der Berufung auf seine Eigenschaft als berufsmäßiger Sachkenner (z.B. Anwalt oder Steuerberater) seiner Stellungnahme einen besonderen, für den Verhandlungspartner ausschlaggebenden Nachdruck verleiht" ³⁾.

Alleinige oder jedenfalls primäre Haftung des Vertreters ist nach Ballerstedt da begründet, "wo er sich bei der Inanspruchnahme des von dem Dritten entgegengebrachten Vertrauens nicht auf eine Gewährung für seinen Machtgeber beschränkt" ⁴⁾, sondern "das zur Verhandlung stehende Geschäft zu seinem eigenen" macht ⁵⁾.

b) Das Bestehen der Vertrauenslage zwischen Vertreter und Drittem

Im Rahmen der in diesem Kapitel zu erörternden Frage, wie das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen zwischen Vertretenem und Drittem zustande kommt, soll hier zunächst nur Ballerstedts Ansicht zu diesem Problem betrachtet werden. Voraussetzung für das Zustandekommen des Schuldverhältnisses ist nach Ballerstedt, daß zwischen den zukünftigen Vertragspartnern die "vorvertragliche Vertrauensbeziehung" ⁶⁾ entsteht. Dies ist der Fall, wenn der Vertretene "vertrauensfähig" ⁷⁾ ist, d.h. wenn der Dritte vom Vertretenen Rechtsschutz für sein Verhandlungsvertrauen erwarten darf. In der Regel ist es auch der Vertretene, der Rechtsschutz zu gewahren hat, insbesondere dann, wenn der Vertreter in sein Unternehmen eingeordnet ist. Allerdings geht aus der Darstellung Ballerstedts nicht ganz eindeutig hervor, wie nun die Vertrauensbeziehung mit dem Vertretenen zustande kommt. Während er einmal davon spricht, daß "der Geschäftsherr . . . nicht in eine "unmittelbare", sondern in eine durch die Person des Vertreters

1) Ballerstedt a.a.O. S. 520.

2) Ballerstedt a.a.O. S. 519.

3) Ballerstedt a.a.O. S. 521.

4) Ballerstedt a.a.O. S. 524.

5) Ballerstedt a.a.O. S. 525.

6) Ballerstedt a.a.O. S. 516.

7) Ballerstedt a.a.O. S. 508.

vermittelte Vertrauensbeziehung zu dem Dritten hineingenommen" wird ¹⁾, führt er an anderer Stelle aus, daß der Dritte sein Vertrauen nur dem Vertretenen, vor allem aber dem Unternehmensinhaber, entgegenbringt ²⁾. Es erscheint jedoch fraglich, ob auf einem der beiden angedeuteten Wege die vorvertragliche Vertrauensbeziehung zwischen Dritten und Vertretenen hergestellt werden kann.

Hält man sich einige Fälle, in denen der Vertreter die Verhandlungen führt, vor Augen, so erscheint es zunächst zweifelhaft, daß der Dritte sein Verhandlungstrauen dem Vertretenen schenkt. Sollte wirklich eine tatsächliche Vertrauensbeziehung zu dem Geschäftsherrn bestehen, wenn der Verkäufer eines Warenhauses, dessen Inhaber eine juristische Person ist, einem Kunden bestimmte Auskünfte gibt und dieser sich im Vertrauen auf ihre Richtigkeit zum Vertragsabschluß entschließt? Wie Ballerstedt selbst darlegt, ist es der Bevollmächtigte, "der durch die Überzeugungskraft seiner Worte, die Zuverlässigkeit seiner Persönlichkeit den Dritten bewegt, den Erklärungen so festes Glauben zu schenken, daß er seine Dispositionen darauf einstellt" ³⁾. Besonders kann der Dritte nur darauf vertrauen, daß der selbst inführende Kaufmann den Auftrag sachgemäß bedient oder der Angestellte bei der Vornahme einer gefährlichen Maschine alle Vorsichtsmaßregeln beachtet, damit es zu keinen Verletzungen irgendwelcher Art kommt.

Weil der Vertreter der Erklärende und Handelnde ist ⁴⁾, gleichgültig, ob er in ein Unternehmen organisatorisch eingegliedert oder selbständig ist, ist es auch natürlich, daß der Verhandlungspartner sein Vertrauen zunächst einmal darauf setzt, daß eben diese Erklärungen und Handlungen redlich gemeint sind. Die Vertrauenslage, die sich an die Aufnahme von Vertragsverhandlungen knüpft, besteht also unmittelbar zwischen dem Dritten und dem Vertreter als den tatsächlich verhandelnden Personen, gerade auch bei juristischen Personen, bei denen der Geschäftsherr eine im Hintergrund stehende anonyme Größe ist.

Man vermag sich auch nur schwerlich vorzustellen, wie das Vertrauen, das der Dritte dem Vertreter entgegenbringt, von diesem zu seinem Geschäftsherrn vermittelt wird, weil eben, wie Ballerstedt formuliert ⁵⁾, "das Vertrauen auf einen Menschen an der Person dessen halter, dem vertraut wird". Eine Gefühlsregung wie das Vertrauen kann weder von der Person, die vertraut, noch von der Person, der vertraut wird, losgelöst werden. Wenn der Geschäftsherr außerhalb der zwischen Vertreter und Dritten bestehenden Verhandlungsbeziehung steht, ist es nicht

1) Ballerstedt a.a.O. S. 510.

2) Ballerstedt a.a.O. S. 517; vgl. auch a.a.O. S. 508.

3) Ballerstedt a.a.O. S. 510.

4) Vgl. RG 58, 342 (347).

5) Ballerstedt a.a.O. S. 510.

recht einzusehen, daß erst die Verhandlungsbeziehung, die sich bei Verhandlungsaufnahme zwischen Vertreter und Drittem bildet, einbezogen wird.

Des hindert allerdings nicht, daß der Dritte dem Vertretenen ein Vertrauen entgegenbringt, das darauf gerichtet ist, Rechtsschutz für sein - dem Vertreter gegenüber - Verhandlungsvertrauen zu genießen. Denn sicherlich erwartet gerade der Kunde, daß der Geschäftsinhaber nun den Schaden ersetzt, den er durch eine nicht ordnungsgemäße Verhandlungsführung des Vertreters erlitten hat. Das Vertrauen auf Rechtsschutz vermag aber nicht zu bewirken, daß das Verhandlungsvertrauen, das bei natürlicher Betrachtungsweise dem Vertreter entgegengebracht wird, nur dem Vertretenen gilt oder zu ihm vermittelt wird. Das Vertrauen auf Rechtsschutz ist vielmehr von dem Verhandlungsvertrauen verschiedenartig und gibt lediglich einen Hinweis darauf, wer für die vom Vertreter bezugl. Pflichtverletzung einzustehen hat. Das in den Fällen der Einordnung des Vertreters zur der Vertretene aus c.i.c. haftet, ist ein Ergebnis, dem, wenn auch mit anderer Begründung, wie später noch gezeigt wird, zugestimmt werden muß.

Im übrigen wird auch in dem Umgekehrten Fall, in dem der Verhandlungsgegner eine Einbeziehung seitens des Vertretenen während der Verhandlungen nur zwischen Vertreter und Drittem besteht. Wenn letzterer dem Vertreter gegenüber unwichtige Mitteilungen macht, in sich diese dadurch zu einem für seinen Geschäftserfolg ungünstigen Vertragsabschluss verleiten läßt, so kann das Verhandlungsvertrauen des Vertretenen, der, zumal wenn es sich um eine juristische Person handelt, von der Verhandlungsführung im einzelnen meist keine Kenntnis hat, nicht enttäuscht worden sein.

Mit der Theorie der "Vertrauensvermittlung" vermag daher nicht restlos befriedigend geklärt werden, wann den Vertretenen die Pflichten aus einer durch den Vertreter erfolgten Verhandlungsaufnahme treffen und dem Geschäftsinhaber Ansprüche aus c.i.c. gegen den Verhandlungspartner zustehen. Weitere Schwierigkeiten, die sich aus der Lehre Ballerstedt ergeben, sollen im folgenden Kapitel noch aufgezeigt werden.

2. Anwendbarkeit des Stellvertretungsrechts auf die durch einen Vertreter erfolgte Verhandlungsaufnahme und Verhandlungsführung

Eine andere Möglichkeit, um das Zustandekommen des Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen zwischen Vertretenem und Drittem zu erreichen, ist die Anwendung der Stellvertretungsregeln auf das vorvertragliche Rechtsverhältnis. Diese lehnt Ballerstedt allerdings ab. Unmittelbar können jene Vorschriften zweifellos nicht herangezogen werden, da nach ihrem gesetzlichen Wortlaut Stel-

tretung nur bei der Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen stattfindet und in der Aufnahme von Vertragsverhandlungen keine Willenserklärung liegt ¹⁾. Zu erwagen ist aber eine entsprechende Anwendung der Stellvertretungsregeln.

a) Die Verhandlungsaufnahme als rechtsgeschäftsähnliche Handlung

Von diesem Problem nicht zu trennen ist die Frage, ob die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder eines geschäftlichen Kontakts als rechtsgeschäftsähnliche Handlung ²⁾ oder als Realakt ³⁾ anzusehen ist. Beiden Arten von Rechtshandlungen ist gemeinsam, daß sie keine Rechtsgeschäfte sind, sondern Handlungen darstellen, die lediglich auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolgs gerichtet sind und deren Rechtswirkungen kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden eintreten ⁴⁾. Der Unterschied zwischen ihnen liegt aber darin, daß auf die geschäftsähnlichen Handlungen im allgemeinen die Vorschriften über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte, vor allem also die in unserem Fall interessierenden Bestimmungen über die Stellvertretung, daneben die über Geschäftsfähigkeit, Einwilligung und Genehmigung, entsprechend anwendbar sind ⁵⁾, während dies bei den Realakten nicht möglich ist ⁶⁾.

Ob die Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen für die Verhandlungsaufnahme analog herangezogen werden können und diese damit der Gruppe

- 1) Insoweit hat Würdinger in HGB RGRK Vorbem. 71 vor § 48 Recht, wenn er die Anwendung der §§ 164 ff BGB mit der Begründung ablehnt, daß die dem Vertrauensverhältnis entspringenden Pflichten nicht eine rechtsgeschäftliche, sondern eine gesetzliche Grundlage haben.
- 2) Dafür Stoll JW 1933, 34 (36); Hildebrandt S. 91; Raiser AcP 127, 1 (22 Fn. 75); Dorn NJW 1964, 799 (800 Fn. 8); ders. Diss., S. 52 ff, 60.
- 3) So Ballerstedt a. a. O. S. 509; Larenz, SR I, § 4 V, S. 42; Canaris NJW 1964, 1987 (1988 unter I 1 a).
- 4) Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2; Lehmann, AT, § 38 I; Palandt-Danckelmann Überbl. 1 d vor § 104.
- 5) Enneccerus-Nipperdey § 207 II, S. 1266; Lehmann, AT, § 38 II; Planck-Flad Vorbem. I 2a vor § 104 unter Rechtsgeschäfte; v. Tuhr, AT II 1, S. 360, 362; Lange, AT, § 37, 3; insbes. betonen die Anwendbarkeit der § 164 ff Schless S. 4 Fn. 1; Planck-Flad § 164 Anm. 1 f; Flume, AT, § 43, 1; Siebert-Schultze v. Lasaulx § 164 Bem. 3; Lehmann, AT, § 36 III b; a. A. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 711 ff, 741/742; dagegen ausführlich Klein S. 54 ff.
- 6) Lehmann, AT, § 38 III; Enneccerus-Nipperdey § 207 III; Müllers-Brauerfels S. 56/57; Staudinger-Coing § 164 Vorbem. 19.

der geschäftsähnlichen Handlungen zuzuordnen ist, muss, wie bei allen Rechtshandlungen, aus ihrer Natur und der Interessenlage gefolgert werden ¹⁾.

aa) Die in der Verhandlungsaufnahme enthaltene Willenskundgebung

Steht eine Rechtshandlung in engem Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft und enthält sie die "Äußerung eines geistigen Vorgangs, nämlich eines Willens oder einer Vorstellung", so ist auf Grund der Ähnlichkeit mit einer Willenserklärung bereits ein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung gegeben ²⁾. Besteht die Rechtshandlung dagegen lediglich in der Herbeiführung "eines tatsächlichen, dem Gebiete des Rechts nicht angehörigen (technischen) Erfolges", so dürfte es sich in aller Regel um einen Realakt handeln ³⁾.

Unter Anwendung dieser Gesichtspunkte ist der Eintritt in Vertragsverhandlungen als geschäftsähnliche Handlung anzusehen. Die Aufnahme von eigentlichen Vertragsverhandlungen wird nämlich von der Erklärung begleitet, verhandeln zu wollen - mag diese Absicht nun ausdrücklich erklärt werden oder mag sie sich daraus ergeben, daß jemand sein Interesse an einem Vertragsabschluß dadurch zu erkennen gibt, daß er sich sofort nach dessen Bedingungen erkundigt. Auch Ballerstedt, der die Verhandlungsbeziehung weitgehend mit den sonstigen Realakten des Besizerwerbs und -verlustes, der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung gleichstellt, führt an anderer Stelle aus, daß "die Haftung für c.i.c. auf einer Willenskundgebung ... beruht" ⁴⁾. Auf das Vorliegen einer geschäftsähnlichen Handlung weist auch der enge Zusammenhang der Verhandlungseröffnung mit einem Rechtsgeschäft hin. Er ist gegeben, da die Verhandlungen zur Vorbereitung eines Vertragsschlusses dienen.

bb) Der geschäftliche Kontakt als Realakt

Nun kann aber das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen nicht nur durch den Eintritt in eigentliche Verhandlungen, sondern bereits mit einem geschäftlichen Kontakt, wie z.B. dem Betreten des Warenhauses, entstehen. Canaris ⁵⁾ lehnt die Kennzeichnung beider Formen der Verhandlungsaufnahme als rechtsgeschäftsähnliche Handlung ab. Den Anwendungsbereich dieses Begriffes muß man nach seiner Ansicht nämlich auf die Falle beschränken, "wo die Rechtsfolgen zwar unabhängig vom Parteiwillen eintreten, der Wille aber doch auf einen rechtlich

1) Enneccerus-Nipperdey § 207 II; Lehmann § 38 I.

2) Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2a, § 207 II.

3) Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2a, § 207 II.

4) Ballerstedt a. a. O. S. 525.

5) Canaris NJW 1964, 1987 (1988 unter I 1a).

relevanten Erfolg (wie etwa bei der Mahnung auf die Erbringung der Leistung) gerichtet ist". Eine derartige Beschränkung ist jedoch nicht ganz überzeugend. Sicherlich hat der Gläubiger, der seinen Schuldner mahnt, die Absicht, ihn zur Erbringung der geschuldeten Leistung zu veranlassen. Dieser mit der Mahnung verfolgte Zweck ist aber nicht die vom Gesetz unmittelbar an sie geknüpfte Rechtswirkung, sondern der Verzug. Die Absicht, einen weiteren rechtlichen Erfolg, wie die Erbringung der Leistung durch die Mahnung, herbeizuführen, kann nicht Kriterium einer geschäftsähnlichen Handlung sein. Eine solche Absicht ist z.B. bei der Annahmeverweigerung nach § 250 BGB, der Mitteilung gemäß § 171 BGB, den Anzeigen nach §§ 409, 478 BGB ¹⁾ nicht gegeben. Im übrigen ist es auch nicht erforderlich, daß geschäftsähnliche Handlungen in der Absicht vorgenommen werden, die an sie geknüpften Rechtsfolgen hervorzurufen, wenn dies auch gewöhnlich der Fall ist ²⁾.

Wenn man allerdings lediglich die Aufnahme eines geschäftlichen Kontakts für sich betrachtet, so ist zuzugeben, daß gegen die Bezeichnung rechtsgeschäftsähnliche Handlung Bedenken bestehen. Zwar wird der Kunde beim Betreten des Kaufhauses häufig die Absicht hegen, Verträge zu schließen und Verhandlungen zu führen. Eine nach außen sichtbare Willenskundgebung, wie sie für die Annahme einer geschäftsähnlichen Handlung notwendig ist und beim eigentlichen Verhandlungseintritt vorliegt, ist hierin nicht zu sehen.

Geschäftlicher Kontakt und Eintritt in Vertragsverhandlungen können aber möglicherweise rechtlich verschieden bewertet werden. Einen Anhaltspunkt hierfür stellt die Andersartigkeit der mit ihnen jeweils entstehenden Pflichten dar. Während mit dem geschäftlichen Kontakt die Schutzpflichten beginnen, entstehen die Aufklärungs- und Offenbarungspflichten erst mit der Aufnahme der eigentlichen Vertragsverhandlungen. Wenn A ein Kaufhaus betritt, um einen Anzug zu kaufen, so sind mit seinem Eintritt die Schutzpflichten zu seinen Gunsten entstanden. Es wäre aber sinnlos anzunehmen, alle Verkäufer, an denen er nun vorbeikommt, hätten A über irgendwelche Tatsachen aufzuklären, die für ihn völlig belanglos sind. Erst wenn er den betreffenden Verkäufer über bestimmte Eigenschaften eines Anzugs befragt, muß dieser ihm Auskunft erteilen ³⁾. Da demnach zwischen dem geschäftlichen Kontakt und dem Verhandlungseintritt unterschieden werden kann, läßt sich durchaus daran denken, den ersteren als Realkontakt und den Verhandlungseintritt als geschäftsähnliche Handlung zu kennzeichnen.

-
- 1) Vgl. Palandt-Danckelmann Überbl. vor § 104 Anm. 1d; Lehmann § 38 I.
 - 2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 207 II, S. 1266.
 - 3) Vgl. Baumert S. 48.

Letztlich liegt die Schwierigkeit, den geschäftlichen Kontakt begrifflich einzuordnen, darin, daß er ein Teil von geschäftlichen Vorgängen unabhängig sein will, aber nicht bereits in unmittelbarer Verbindung steht mit einem Teil, die Entstehung von Schutzpflichten voraussetzt wird. Daß die Schutzpflichten wegen ihrer deliktischen Natur einem gewissen Fremdkörper (in vertraglichen Verhältnissen) stellen, ist hier besonders offensichtlich, da weitere Verhandlungsinflüsse treten und damit die Abgrenzung von den gegenüber jedermann bestehenden Verkehrssicherungspflichten besonders schwierig ist²⁾. Im übrigen braucht die Einordnung der begrifflichen Einordnung des geschäftlichen Kontakts im Rahmen der Vertragsgattung, ob die Stellvertreterregeln auf die Verhandlungsausnahme ebenso anzuwenden werden können, nicht im Übermaß beleuchtet zu werden. Eine Stellvertretung ist beim geschäftlichen Kontakt nämlich noch nicht denkbar, sondern erst beim Verhandlungseintritt möglich, da das Auftreten als Stellvertreter die Erklärung, für einen anderen verhandeln zu wollen, voraussetzt und eine solche Erklärung beim Betreten des Willensbereichs nicht ausreichen könnte abzugeben wird.

cc) Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Einwilligung und Genehmigung

Ändert sich besondere Schutzpflichten geschäftlichen Kontakt begrifflich einordnen, so ist es in der Tat nicht verwunderlich, daß der Verhandlungseintritt auf Grund der in ihm enthaltenen Willenskundgebung als geschäftsähnliche Handlung anzusehen ist. Es besteht keine Frage, daß die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Einwilligung und Genehmigung Anwendung finden müssen.

Erklärung besteht zunächst darin, daß die §§ 114 ff. BGB ausdrücklich anzuwenden sind und damit der Geschäftsunfähige und der beschränkt Geschäftsfähige (§§ 106, 107) nicht haften³⁾. Wollte man dem Minderjährigen die Pflicht auferlegen, den

1) Vgl. auch v. Grottel, *KatStR* 1962, 23 und Ruse, *ebenda* S. 26, die darauf hinweisen, daß das Bestreben, mit der Anwendung der c.i.c. und übrigens auch des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die Grenzen zwischen Delikts- und Vertragshaftung zugunsten der letzteren zu verschieben, zu einer "Denaturierung" und zu "schweren Verzerrungen" des Rechtssystems geführt habe.

2) Vgl. hierzu Larenz MDR 1954, 515 (518); Baumert S. 39/40.

3) Leonhard, VbV, S. 59; Hassel S. 57; Dömpke S. 23; Heldrich S. 55; v. Tuhr, AT II 1, S. 490 Fn. 201; Hildebrandt § 11 IV, S. 139 ff.; Canaris NJW 1964, 1987 (1988 unter I 1); a. A. Ihering *IherJb* 4, 1 (61). Obwohl der Geschäftsunfähige und der beschränkt Geschäftsfähige aus dem Verhandlungsverhältnis nicht verpflichtet sind, sind sie dennoch beauftragt

Verhandlungsgegner über seine mangelnde Geschäftsfähigkeit aufzuklären, so würde dies dem Schutzzweck der §§ 104 ff BGB zuwiderlaufen. Die Berechtigung, zwischen dem Schutz des Minderjährigen und dem Schutz des gegnerischen Verhandlungsvertrauens abzuwägen und ersterem den Vorzug zu geben, ergibt sich aus dem in § 242 BGB enthaltenen Hinweis "mit Rücksicht auf die Verkehrssitte". Durch diesen sollen nämlich bei der Bewertung der Schutzwürdigkeit privatrechtlicher Vertrauensbeziehungen auch öffentliche Interessen zur Geltung gebracht werden¹⁾. Beim Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen ist daher der Schutz der Vertrauensinteressen zu versagen. Ein solches überragendes öffentliches Interesse ist hier gegeben, weil den Vorschriften der §§ 104 ff BGB ein übergeordneter sozialer Schutzzweck zugrunde liegt²⁾. Eine Anwendung der §§ 104 ff BGB auf die Verhandlungsaufnahme wäre dagegen nicht möglich, wenn diese als Realakt anzusehen ist³⁾.

Für die Geschäftsähnlichkeit des Verhandlungseintritts spricht ferner die Erwägung, daß die Vorschriften über die Einwilligung und Genehmigung (§§ 184, 185 BGB) entsprechend herangezogen werden müssen.

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 53

da ihr Vertrauen darauf, nicht geschädigt zu werden, nach wie vor schutzwürdig bleibt (Canaris a. a. O. S. 1988 unter I 2b). Da das vorvertragliche Schuldverhältnis kein gegenseitiges ist, bestehen keine Bedenken, den Minderj. trotz entfallender Verpflichtungen zu berechtigen. Eine ungerechtfertigte Besserstellung ist aber dadurch nicht gegeben. Die einen einwandfreien Vertragsschluß betreffenden Pflichten sind wegen Unwirksamkeit des Vertrages hinfällig, während bei Verletzung der Schutzpflichten kein Grund besteht, z. B. den Warenhausinhaber nur nach § 831 BGB statt nach § 278 BGB für das Verschulden seiner Gehilfen haften zu lassen.

- 1) Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit ..., S. 118 ff, 129; Hahn S. 107/108.
- 2) Bemerkenswert ist, daß das österreichische und schweizerische Recht unter bestimmten Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht des beschränkt Geschäftsfähigen für c. i. c. kennen. In §§ 248 und 866 ABGB ist als Sondernatbestand der c. i. c. der Fall geregelt, daß jemand volle Geschäftsfähigkeit vortäuscht, obwohl er sie nicht besitzt. Ein Minderjähriger muß allerdings gemäß § 248 ABGB das 18. Lebensjahr vollendet haben. Nach Art. 411 Abs. II ZBG ist der Bevormundete, der die Gegenpartei (vorsätzlich oder fahrlässig) zur irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet, für den verursachten Schaden verantwortlich. Nach deutschem Recht kommt dagegen eine Schadensersatzpflicht des Minderjährigen nur in den engen Grenzen des § 826 BGB in Betracht.
- 3) Vgl. Palandt-Danckelmann Einf. 5 vor § 104 BGB.

Es leuchtet ein, daß der beschränkt Geschäftsfähige aus c. i. c. haften muß, wenn er mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters die Verhandlungen aufnimmt oder wenn dieser nachträglich den bisher schwebend unwirksamen Vertrag genehmigt ¹⁾, da sich diese Genehmigung rückwirkend auch auf die für den Vertragsschluß erforderliche Verhandlungsaufnahme erstreckt ²⁾.

Ebenso wäre es unbefriedigend, wenn der angeblich Vertretene, der einen von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag genehmigt (vgl. § 179 Abs. I BGB), nicht nunmehr auch für die vom Vertreter während der Verhandlungen schuldhaft begangenen Schädigungen haften mußte. Zutreffend hat der BGH ³⁾ entschieden, daß der Geschäftsherr, der die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht getroffenen Vereinbarungen genehmigt, auch dessen Verschulden bei Vertragsschluß in gleichem Umfang zu vertreten hat wie eigenes Verschulden.

b) Rechtfertigung der analogen Anwendung der Stellvertretungsregeln

Aber nicht nur die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Einwilligung und Genehmigung sind auf die Verhandlungsaufnahme entsprechend anwendbar, sondern auch eine Analogie der Stellvertretungsregeln ist keineswegs "gewaltsam" ⁴⁾, sondern der Sache nach ebenso angemessen ⁵⁾.

1) Zutreffend v. Tuhr, AT II 1, S. 490; Hassel S. 57.

2) Abweichend in der Begründung Hildebrandt § 11 IV, S. 141/142; er verneint die analoge Anwendbarkeit der §§ 182 ff wegen der Natur der vorvertraglichen Erklärungspflichten und weil "mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit von Verhandlungs- und Zielgeschäftsbeziehung es an dem Bedürfnis nach gesonderter Zustimmungsfähigkeit der Wissenserklärungen" fehle. Man darf jedoch nicht auf die Zustimmungsbefähigung der einzelnen Pflichtverletzungen abstellen, sondern nur auf die des Verhandlungseintritts. Hat der gesetzliche Vertreter in die Verhandlungsaufnahme eingewilligt, so haftet alsdann der Mj. für die von ihm begangenen Pflichtverletzungen ohne weiteres.

3) BGH NJW 1955, 297; zustimmend Larenz, SR I, S. 44 Fn. 2.

4) Ballerstedt a. a. O. S. 516.

5) Für die Anwendbarkeit der Stellvertretungsregeln im vorliegenden Zusammenhang auch Erman-Böhle-Stamschröder § 164 Anm. 4; Staudinger-Coing § 164 Anm. 17 c; Siebert-Schultze v. Lasaulx § 164 Bem. 4; früher bereits Stoll JW 1928, 1285; Müller, Arglistige Täuschung, S. 60 ff; Steffen S. 59/60; Mühlich S. 41; ebenso RG 78, 239 (240); RG 132, 76 (80).

Damit der Vertretene für Pflichtverletzungen seines Vertreters nach § 278 BGB einzustehen hat, müssen mit dem Verhandlungseintritt des Vertreters das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen und die sich daraus ergebenden Pflichten zwischen Verhandlungsgegnern und Vertretenem zustande kommen. Es handelt sich mithin nicht wie bei den durch "Vertreter:" vorgenommenen Realakten um die Frage der Zurechnung eines tatsächlichen Erfolges, für deren Lösung nur die Lebens- und Verkehrsanschauung das maßgebende Kriterium sein kann ¹⁾, sondern um das Problem der Eingehung einer Verbindlichkeit für einen anderen ²⁾. Dieses ist gerade, freilich nur für Rechtsgeschäfte, in § 164 BGB geregelt. Es zeigt sich jedoch, daß der Vertretene auch nur Schuldner der auf Gesetz beruhenden vorvertraglichen Pflichten werden kann, wenn die Voraussetzungen der Stellvertretung, Handeln im fremden Namen und Vorliegen von Vertretungsmacht, gegeben sind.

aa) Das Erfordernis des Handelns im fremden Namen

Ähnlich wie eine Willenserklärung, um mit und gegen einen Dritten zu wirken, in dessen Namen abgegeben werden muß, muß auch die mit dem Verhandlungseintritt verwendete Erklärung, verhandeln zu wollen, in der Weise dem Verhandlungsgegner mitgeteilt werden, daß die Verhandlungen namens und im Auftrage eines Dritten geführt werden sollen. Gleichgültig ist allerdings, ob dies ausdrücklich geschieht oder sich aus den Umständen ergibt ³⁾. Verhandelt der Vertreter dagegen im eigenen Namen, so haftet er persönlich ⁴⁾. Die Unterscheidung von Handeln im eigenen oder im fremden Namen, die bei den Realakten der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung "vollkommen sinnlos" ist ⁵⁾, ist also hier durchaus angebracht.

bb) Notwendigkeit des Vorliegens von Verhandlungsvollmacht

Entsprechend der in § 164 BGB enthaltenen Voraussetzung der Vertretungsmacht muß der Vertreter darüberhinaus die Befugnis haben, für den Geschäftsherrn Ver-

1) Vgl. Wolff-Raiser § 73 III; Westermann § 53 III, Staudinger-Berg § 950 Anm. 12, 13; BGH 14, 114 (117); 20, 159 (163).

2) Vgl. Mühlich S. 38.

3) Vgl. den Wortlaut des § 164 BGB; für Ladenangestellte gilt auch hier die Vermutung des § 56 HGB. Im übrigen können auch die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht entsprechend herangezogen werden.

4) Stoll JW 1928, 1285 (1286); Enneccerus-Lehmann § 43 III, S. 191 Fn. 8; Palandt-Danckelmann § 270 Anm. 6 b; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 423.

5) Staudinger-Coing Vorbem. 19 vor § 164; Müller-Freienfels S. 56/57.

handlungen führen zu dürfen. Da das vorvertragliche Rechtsverhältnis unabhängig von einem nachfolgenden Vertrag ist, genügt allerdings für eine wirksame Vertretung bei der Verhandlungsaufnahme und -führung die Verhandlungsbefugnis oder Verhandlungsvollmacht¹⁾; es bedarf keiner Abschlußvollmacht²⁾. Dies kann vor allem bei Verhandlungen mit Angestellten und Beamten von Behörden von Bedeutung sein³⁾, weil diese zwar häufig Verhandlungen führen dürfen, aber nicht zum Abschluß von Verträgen berechtigt sind⁴⁾. Führt ein Vertreter ohne Verhandlungsvollmacht Verhandlungen, so kann der angeblich Vertretene nicht aus einem von diesem begangenen Verschulden haftbar gemacht werden, da das vertragsähnliche Schuldverhältnis nicht zwischen ihm und dem Dritten begründet worden ist⁵⁾. In solchen Fällen haftet der Vertreter vielmehr entsprechend § 179 BGB persönlich.

Canaris⁶⁾ stellt dagegen nicht auf das Vorliegen von Verhandlungsvollmacht, sondern darauf ab, "ob und inwieweit ... eine tatsächliche Vertrauensbeziehung zwischen den Parteien, d.h. dem "Vertreter" und dem Dritten, entstanden ist". Er glaubt allerdings, daß eine solche regelmäßig verneint werden muß, wenn der Vertreter ohne jegliche Vertretungsmacht handelt, daß sie aber bei bloßer Überschreitung der Vertretungsmacht nicht selten zu bejahen ist. Auch Ballerstedt verlangt nicht das Vorliegen einer Verhandlungsvollmacht, da seiner Meinung nach allein entscheidend ist, ob der Dritte dem Vertreter oder dem Vertretenen Vertrauen entgegengebracht hat. Später hat er allerdings in einer Urteilsanmerkung die Frage beantwortet, ob die Haftung für c.i.c. nicht wenigstens eine Begriffs zur Verhandlungsführung, wenn auch ohne Abschlußvollmacht, voraussetzt⁷⁾.

Gerade bei Verhandlungen durch einen vollmachtlosen Vertreter zeigt sich jedoch, daß die Frage der Haftung des Vertretenen oder Vertreters für c.i.c. sich nicht aus dem Gesichtspunkt lösen läßt, wem der Dritte im Einzelfall sein Verhandlungsvertrauen schenkt. Da der Dritte nicht weiß, ob der Vertreter mit oder ohne Vollmacht handelt, kann sein Vertrauen zum Vertretenen auch nicht durch das

- 1) Zum Begriff vgl. RG WarnR 1912 Nr. 198; RG 162, 129 (157); Riehl GruchBeitr 60, 897 (927/928); Staudinger-Coing § 164 Anm. 17c.
- 2) v. Godin in HGB-RGRK § 347 Anm. 6; Larenz, SR I, S. 44; BAG NJW 1956, 398; BAG NJW 1963, 1843; BGH NJW 1963, 2166 (2167); a.A. Oertmann JW 1933, 2513 Fn. 1.
- 3) Vgl. Staudinger-Coing § 164 Anm. 17c.
- 4) Vgl. für die Post RG 162, 129 (157); für eine Gemeindeverwaltung BGH 6, 330 (334).
- 5) RG 162, 129 (156).
- 6) Canaris JZ 1965, 475 (482 unter V 8).
- 7) Ballerstedt JZ 1964, 325.

Fehlen einer Verhandlungsvollmacht beeinflußt oder aufgehoben werden. Legt man die Theorie von Bailerstedt und Canaris zugrunde, so muß folgerichtigerweise der Geschäftsherr stets für das Verschulden seines "Vertreters" einstehen. Eine Haftung des angeblich Vertretenen läßt sich aber nur vermeiden, wenn man annimmt, daß bei Fehlen einer Verhandlungsvollmacht keine vorvertraglichen Pflichten zu seinen Lasten entstehen. Das Risiko, daß ein Vertreter entgegen einer Behauptung ohne Vollmacht verhandelt, muß eben der Geschäftsgegner tragen. Zum Ausgleich haftet ihm der Vertreter persönlich entsprechend § 179 BGB.

cc) Vereinbarkeit der Anwendung der §§ 164 ff BGB mit dem Vertrauenscharakter der vorvertraglichen Pflichten

Die Anwendung des Stellvertretungsrechts läßt sich auch damit vereinbaren, daß die vorvertraglichen Pflichten aus einer Vertrauenslage entspringen.

Die Vertrauenslage besteht, wie dargelegt, nur zwischen dem Dritten und dem Vertreter, wenn dieser die Verhandlungen eröffnet und führt. Obwohl der Dritte dem Vertreter sein Verhandlungsvertrauen schenkt, trifft die Pflicht, dieses Vertrauen nicht zu enttäuschen und andererseits Schadensersatz zu leisten, gemäß § 164 BGB den Vertretenen. Gegen eine solche Trennung von Vertrauens- und Pflichtverhältnis könnte eingewandt werden, es handele sich um eine rein willkürliche Ausnahme, da der, der das Vertrauen in Anspruch nehmen, auch die Pflicht haben müsse, es zu wahren. Andererseits erscheint es aber ebenso gezwungen, bei einer Vermittlung oder Inanspruchnahme des Vertrauens durch den Vertreter für seinen Geschäftsherrn zu sprechen, um damit erklären zu können, daß dem Vertretenen die vorvertraglichen Pflichten obliegen.

Mit der Theorie der "Vertrauensvermittlung" läßt sich vor allem nicht der umgekehrte Fall, daß der Verhandlungsgegner eine c.i.c. begeht, befriedigend lösen. Wenn der Dritte dem Vertreter gegenüber unrichtige Erklärungen abgibt und sich dieser dadurch zu einem für den Geschäftsherrn ungünstigen Vertragsabschluß veranlassen läßt, so steht ohne Zweifel letzterem der Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß zu. Der Anspruch kann jedoch, wie bereits betont, nicht aus dem enttäuschten Verhandlungsvertrauen des Vertretenen hergeleitet werden, wenn der Vertreter allein und frei von Anweisungen die Verhandlungen geführt hat, was notwendigerweise dann der Fall ist, wenn der Geschäftsherr eine juristische Person ist. Die Anwendung der Stellvertretungsregeln bewahrt sich dagegen an dieser Stelle. Zwar wird das Verhandlungsvertrauen des Vertreters verletzt, gemäß § 164 BGB kann jedoch der Vertretene die sich daraus ergebenden Rechte wahrnehmen.

Mit der Trennung von Vertrauenslage und der mit ihr verbundenen Rechte und Pflichten kann auch die Vertrauenshaftung des § 122 BGB erst eingeordnet werden. Es laßt sich wohl nicht bestreiten, daß nur der Vertretene anfechten kann¹⁾ und dann Schadensersatz leisten muß²⁾, und umgekehrt bei Anfechtung durch den Vertragsgegner ihm der Schadensersatzanspruch zusteht. Die Haftung des Vertretenen laßt sich jedoch nicht damit begründen, "daß es seine Erklärung ist, der vertraut wird"³⁾. Nach der Repräsentationstheorie gibt der Vertreter eine eigene Willenserklärung ab; er ist der rechtsgeschäftlich Handelnde⁴⁾. Folgerichtigerweise kann der Dritte nur auf die Rechtsbeständigkeit dieser Erklärung bauen, indem er z. B. darauf vertraut, daß sich der Vertreter bei ihrer Abgabe nicht geirrt hat. Umgekehrt vertraut nur der Vertreter, zumal derjenige einer juristischen Person, auf die Wirksamkeit der Erklärung des Dritten. Somit fallen auch hier Vertrauenslage und sich daraus ergebende Rechte und Pflichten auseinander.

Ebenso kann bei der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß auf Grund der entsprechenden Anwendung des § 164 BGB dieselbe juristische Konstruktion verwendet werden. Wie bei der Vertretung in der Abgabe einer Willenserklärung der Vertrag von Vertreter und Drittem geschlossen wird und der Vertretene aus ihm berechtigt und verpflichtet wird, so treffen auch ihn die vorvertraglichen Rechte und Pflichten, obwohl ihre Grundlage - Verhandlungs- und Vertrauensverhältnis - zwischen Vertreter und Drittem gegeben ist⁵⁾.

c. Zusammenfassung

Wenn also der Vertreter Verhandlungsvollmacht besitzt und im Namen des Vertretenen die Verhandlungen eröffnet oder auf Verhandlungen eingeht, so entsteht entsprechend § 164 BGB das vertragsähnliche Schuldverhältnis zwischen Verhandlungsgegner und Vertretenem⁶⁾. Schuldner der vorvertraglichen Pflichten ist stets

- 1) Staudinger-Coing § 166 Anm. 6; Planck-Flad § 166 Anm. 1 a; v. Thur, AT II 1, S. 303.
- 2) Ballerstedt a. a. O. S. 510.
- 3) Ballerstedt a. a. O. S. 510.
- 4) Flume, Juristentagsfestschrift Bd. I, S. 135 (164).
- 5) Abw. Staudinger-Coing § 164 Anm. 17c. nach dessen Ansicht mit der Anwendung des § 164 das vertragsähnliche Vertrauensverhältnis zwischen Drittem und Vollmachtgeber entsteht. Demgegenüber ist jedoch daran festzuhalten, daß nach § 164 nur Rechte und Pflichten, nicht jedoch das Vertrauen dem Vertretenen zugerechnet werden können.
- 6) Unrichtig ist daher die Ansicht von Mühlisch S. 40, daß § 164 BGB auch für die rein tatsächlichen Verhandlungen und die bloßen Wissenserklärungen des Vertreters gelte.

der Vertretenen, und dieser hat für ein vom Vertreter im Verlaufe der Verhandlungen begangenes Verschulden nach § 278 BGB einzustehen. Greift der Geschäftsherr selbst in die Verhandlungen ein, so bedeutet dies lediglich, daß er in dieser Zeit die ihm bereits obliegenden Pflichten selbst wahrnimmt.

Damit ergibt sich in Abweichung zu Ballerstedts Lösungsvorschläge, daß es für die Frage, ob Vertreter oder Vertretener aus c. i. c. haften, nicht darauf ankommt, wem das Vertrauen des Dritten im Einzelfall gilt, sondern zunächst darauf, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen mit dessen Zustimmung die Verhandlungen führt. Dabei ist auch die Unsicherheit vermieden, die für den Geschädigten dadurch entstehen kann, daß er nicht weiß, ob er sich an den Vertreter oder den Vertretenen halten kann. Im Einzelfall ist es möglicherweise schwer festzustellen, ob der Vertreter um das für seine persönliche Haftung erforderliche Maß an Vertrauen geworben oder lediglich Vertrauen zu seinem Geschäftsherrn vermittelt hat. Für uns stellt sich dagegen nur die Frage, ob unter Umständen der Vertreter auch persönlich neben dem Vertretenen haftet. Hinsichtlich der Haftung des Vertretenen für Pflichtverletzungen seines zur Verhandlungsführung bestellten Vertreters bestehen im praktischen Ergebnis allerdings kaum Unterschiede zur Auffassung Ballerstedts und vor allem zur herrschenden Lehre, die ja stets § 278 BGB angewandt hat, ohne jedoch näher zu begründen, warum das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen mit dem Vertretenen zustande kommt. Zu von der Lehre Ballerstedts gänzlich abweichenden Ergebnissen führt aber die Anwendung des Stellvertretungsrechts in den Fällen der gesetzlichen Vertretung.

VII. DIE HAFTUNG FÜR VORVERTRAGLICHES VERSCHULDEN GESETZLICHER VERTRETER IM ENGEREN UND WEITEREN SINNE

1. Die Haftung des Kindes, Mündels oder Pflegebefohlenen für ein Verschulden ihrer Vertreter

a) Die in der Literatur zu diesem Problem vertretenen Ansichten

Ballerstedt kommt in den Fällen der gesetzlichen Vertretung durch Eltern, Vormund oder Pfleger entsprechend seiner Grundauffassung zu dem Ergebnis, daß der Vertreter "allein für das enttäuschte Verhandlungstrauen einzustehen" hat¹⁾. Dabei stellt er diesen gesetzlichen Vertretern Konkurs-, Nachlaß- und Zwangs-

1) Ballerstedt AcP 151, 501 (527).

verwalter sowie Testamentsvollstrecker gleich, da auch ihnen eine gesetzliche Befugnis eingeräumt sei, mit unmittelbarer Wirkung für andere zu handeln¹⁾. Eine Haftung des gesetzlichen Vertreters sei zwischen der Weisung des Vertretenen seiner Verwaltungs- und Verfügungsmittel hinüber in Verhandlungen sei und daher der Dritte vernunftgemäßerweise nur dem Vertretenen entgegenbringen könne. Er sei aus diesem Grunde allein als "Vertretensträger" anzusehen²⁾. Zum anderen habe der Vertretene auf die Auswahl der Person des Vertreters keinen Einfluss und könne, da er kein Weisungsrecht habe, auf dem Verlauf der Verhandlungen nicht einwirken. Der einer gesetzlichen Vertretung Unterworfenen könne daher nicht "Herr des Geschäfts im faktischen Sinne" sein. Vielmehr würden gesetzliche Vertreter mit einer selbständigen Vertretung, die praktisch der des Rechtsinhabers selbst in der Regel nur wenig unterscheide³⁾. Die Vorstellung, daß mit dem Verhandlungsmittel ein Sachverhalt zwischen dem Dritten und dem Vertretenen begründet werde, sei hier eine "reine Fiktion" 4).

Es sei bemerkenswert, daß man sich früher aus ähnlichen Erwägungen eine Haftung des gesetzlichen Vertreters abgeleitet wurde⁵⁾. Besonders Faber kam auf Grund freier Interessenabwägung zu dem Ergebnis, daß nur der gewählte, nicht aber gegen gesetzlicher Vertreter zu haften sei. Der geschädigte Dritte sei zwar in beiden Fällen schutzwürdig. Die Haftung müsse dem Vertretenen aber auch zukommen sein. Aber nur bei der freiwilligen Vertretung sei die Haftung tragbar. Einmal erfolge die Tätigkeit des Vertreters im Interesse des Vertretenen, und der Geschädigte wie er in der Haftung des Vertreters einen Gewinn und Nutzen. Zum anderen könne der Geschäftsherr entscheiden, ob er überhaupt durch einen Stellvertreter abzuwehren wolle, und diese Möglichkeit, die Person des Vertreters auszuwählen und ihm Richtlinien für die Verhandlungen zu geben, kommt verfallen. Faber die Haftung des gesetzlichen Vertretenen aus dem objektiven Gesichtspunkt der Nutzarbeit des Vertreters und dem subjektiven der bewußten Bestellung durch den Vertretenen. Da letzterer aber bei dem gesetzlichen Vertretenen nicht zutreffen, sei diese Haftung ausgeschlossen. Ebenso lehnt Faber die Haftung der Vermögensverwalter, da sie nicht durch einen Bestellungsakt des Vertretenen berufen werden und dieser keinen Gewinn aus ihrer Arbeit

1) Ballerstedt a. a. O., S. 525/526.

2) Ballerstedt a. a. O., S. 527.

3) Ballerstedt a. a. O., S. 526.

4) Ballerstedt a. a. O., S. 527; zustimmend hinsichtlich der Haftung des gesetzlichen Vertreters Larenz, SR I, S. 236 Fn. 5, der Vermögensverwalter HGB-RGRK - v. Godin § 364 Anm. 20.

5) Vgl. Lorberg S. 38; Rümelin S. 40 Fn. 3; Faber S. 51 ff, 68; Hagemann S. 48; vgl. auch RG 61, 207 (213).

zieht, die entweder im Interesse der Gläubiger (wie bei der Nachlaß- und Konkursverwaltung) oder gemäß dem letzten Willen des Erblassers (wie bei der Testamentsvollstreckung) erfolge¹⁾.

Demgegenüber hatte sich jedoch bald die Ansicht durchgesetzt, daß es ungerechtfertigt sei, dem Unterschied in der Begründung der Vertreterstellung eine so große Bedeutung beizumessen. Vielmehr müsse die Bestimmung des § 278 BGB bei vorvertraglichem Verschulden des gesetzlichen und des rechtsgeschäftlichen Vertreters in gleicher Weise Anwendung finden²⁾.

Zur Begründung dieser Auffassung hat Lorberg aus, es sei ungerecht, den Dritten den Schaden allein tragen zu lassen, nur weil er mit einem gesetzlichen Vertreter verhandelt habe. Plum meint, die ratio legis sei dieselbe. Wenn der Verhandlungspartner nicht mit dem eigentlichen Vertragspartner verhandeln könne, so müsse er sich dennoch darauf verlassen können, daß dieser mit seinem Vermögen haftungsfähig ist, ob es von einem gesetzlichen Vertreter oder von einem Bevollmächtigten vertreten werde. Für Hildebrandt erledigt sich das Problem der Haftung gesetzlich Vertretener ganz von selbst, da sich jeder Einstandspflicht für das Verschulden ihrer Vertreter, wenn man die Anwendung des § 278 BGB auf das vorvertragliche Schuldverhältnis für zulässig halte, aus dieser Bestimmung unmittelbar ergebe. Auch Grandpair glaubt, daß sich "gegen die Konstruktion der Haftung mit dem des gesetzlichen Vertreters über § 278 BGB in rechtlicher Hinsicht kaum etwas einwenden" lasse. Er hält ebenfalls die Haftung des Vertretenen über § 278 BGB für gerechtfertigt, da "der Vertretene bei der gesetzlichen Vertretung allgemein nach § 278 BGB es zu vertreten hat, wenn der gesetzliche Vertreter in ein Schuldverhältnis eingeht und schuldhaft den Verpflichtungen des Schuldverhältnisses zuwiderhandelt".

Bei diesen Begründungsversuchen wird jedoch nicht beachtet, daß vor der Anwendung des § 278 BGB zunächst dargelegt werden muß, ob und warum das vorvertragliche Schuldverhältnis zwischen Vertreterem und Drittem zustande kommt. Gerade weil nach Ansicht Ballerstedts der Dritte sein Verhandlungsvertrauen auf den gesetzlichen Vertreter und nicht dem Vertretenen schenkt und dieser damit nicht als Schuldner der vorvertraglichen Pflichten angesehen werden kann, lehnt er die Anwendung des § 278 BGB ab.

1) Faber S. 53.

2) Lorberg S. 39; Plum JW 1931, 2233 (2234); Hildebrandt S. 290/291; Grandpair S. 86; Berger S. 40; heute h.M.: Staudinger-Weber § 242 Anm. A 422; Enneccerus-Lehmann § 43 III, S. 191; Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 6b, § 278 Anm. 1; Staudinger-Coing § 164 Anm. 17c; Erman-Groeppe § 276 Anm. 8b; Siebert-Germer § 1793 Bem. 9; wohl auch RG 132, 76 (79).

3) Flume, AT, § 46, 6, S. 798.

b) Zurechnung der vorvertraglichen Rechte und Pflichten an den Vertretenen

Nun ist allerdings richtig, daß die vorvertragliche Vertrauenslage nur zwischen Dritten und gesetzlichem Vertreter besteht. Auf Grund seiner Stellung bestimmt dieser allein, unabhängig von Weisungen, den Ablauf des Verhandlungsgeschehens. Die Erfüllung der vorvertraglichen Pflichten hängt ausschließlich von ihm ab, und nur ihm gilt daher das Vertrauen des Verhandlungsgegners. Gleichwohl treffen, ebenso wie bei der durch einen gewillkürten Vertreter erfolgten Verhandlungsaufnahme, auch hier Rechte und Pflichten aus dem Verhandlungsverhältnis den Vertretenen. Insoweit bemerkt Flume ¹⁾ mit Recht, daß die Pflichten dem Vertretenen "zugeordnet" sind. Der Grund für die Zurechnung der vorvertraglichen Pflichten liegt aber darin, daß seine Stellung den gesetzlichen Vertreter dazu berechtigt, nicht nur im vertraglichen, sondern auch bereits im vorvertraglichen Bereich mit rechtlicher Wirkung für und gegen den Vertretenen zu handeln, wenn er in dessen Namen auftritt. Die Eltern, Vormünder und Pfleger vom Gesetz eingeräumte Macht, Kinder, Mündel oder Pflegebefohlene beim Abschluß von Rechtsgeschäften zu vertreten, beinhaltet notwendigerweise auch die Befugnis, bei einem Vertragsschluß vorausgehenden Vertragsverhandlungen zu führen. Allerdings müssen auch hier, wie beim Abschluß von Rechtsgeschäften ²⁾, gesetzliche Vertreter, wollen sie sich nicht selbst verpflichten, im fremden Namen handeln.

c) Vereinbarkeit der Haftung des Vertretenen mit dem zu seinen Gunsten bestehenden Schutzprinzip

Eine Berechtigung und Verpflichtung des Vertretenen aus dem Verhandlungsverhältnis verstößt auch nicht, wie Ballerstedt ³⁾ meint, gegen den "rechtspolitischen Zweck des Schutzes und der Fürsorge für den Mündel" ⁴⁾.

Zunächst einmal widerspricht es sicherlich nicht dem Schutze des Mündels, wenn ihm der Anspruch aus einer vom Dritten begangenen c.i.c. zusteht, obwohl sein Verhandlungsvertrauen nicht verletzt ist. Gerade hier zeigt es sich, daß es richtig ist, Vertrauenslage und die ihr entspringenden Rechte zu trennen, um den Vertretenen einen eigenen Anspruch gewähren zu können.

1) Flume, AT § 46, 6, S. 798.

2) Vgl. Staudinger-Donau § 1629 Anm. 3; Siebert-Lange § 1626 Bem. 22; Schlosser FamRZ 1961, 287 (290 m.w.N.).

3) Ballerstedt a.a.O. S. 527.

4) Wie hier Grandpair S. 98.

Nun ließe sich einwenden, einer Berechtigung des Vertretenen müsse nicht unbedingt eine Verpflichtung aus dem Verhandlungsverhältnis entsprechen, zumal das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen kein gegenseitiges ist ¹⁾. Eine Haftung des Vertretenen erscheint vor allem vielleicht deshalb "fragwürdig" ²⁾, weil "der "kraft Gesetzes" Vertretene weder etwas bei der Begründung noch etwas hinsichtlich des Umfangs der Rechtswirkungen zu bestimmen hat ... und nicht er bestimmt, sondern für ihn bestimmt wird" ³⁾.

Freilich wird der gesetzliche Vertreter nicht wie der gewillkürte Vertreter mit Willen des Vertretenen tätig. Es liegt aber gerade im Wesen der gesetzlichen Stellvertretung, daß sie den Willen des Vertretenen nicht berücksichtigt, da sie grundsätzlich dort eingreift, "wo jemand nicht in der Lage ist, selbst sein Schicksal privatrechtlich zu gestalten" ⁴⁾. Wird aber dem Handlungsunfähigen mit dem Institut der gesetzlichen Stellvertretung die Möglichkeit gewährt, am Rechtsverkehr teilzunehmen, so entspricht es der Billigkeit, wenn er neben den sich für ihn daraus ergebenden Vorteilen auch die damit verbundenen Nachteile trägt ⁵⁾. Diese bestehen darin, daß er aus allen für ihn abgeschlossenen Verträgen, mögen sie nun Vorteile oder Nachteile bringen, berechtigt und verpflichtet wird und ferner dafür einzustehen hat, daß seine Verbindlichkeiten vom gesetzlichen Vertreter mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wahrgenommen werden. Beide Nachteile hat der Gesetzgeber sehr wohl gesehen. So gingen die Motive ⁶⁾ bei der Regelung der Vormundschaft davon aus, daß der "Nutzen, welcher im allgemeinen nur die Sicherheit des Verkehrs und das Interesse des Kindes daraus erwächst, daß das Gesetz für eine sichere, kreditwirkende Vertretung des Mündels sorgt, schwerer wiegt als die Gefahr, ... daß der Vormund seine Vertretungsmacht arglistig zum Nachteil des Mündels mißbrauchen" könnte. In § 278 BGB ist schließlich ausdrücklich bestimmt, daß sich der Schuldner nicht nur das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen, sondern auch seines gesetzlichen Vertreters zurechnen lassen muß. Es widerspricht daher nicht den allgemeinen Grundsätzen der gesetzlichen Vertretung, daß der gesetzliche Vertreter zu Lasten des Mündels auch das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen einzugehen vermag und auf dieses § 278 BGB Anwendung findet.

1) Vgl. oben S. 7 Fn. 5.

2) Vgl. Rother S. 136, 150 Fn. 6.

3) Müller-Freienfels S. 341, 360.

4) Müller-Freienfels S. 340.

5) Vgl. Staudinger-Donau § 1629 Anm. 12; Siebert-Reimer Schmidt § 278 Bem. 12; Grandpair S. 93; Larenz, SR I, § 19 VII, S. 232/233; Rother, S. 136/137; v. Tuhr, AT I, S. 464.

6) Mot IV S. 1086.

d) Weitere Argumente für eine Haftung des Vertretenen

Begnügt man sich andererseits mit der alleinigen Haftung des Vertreters, so können in einzelnen Fällen unbillige Ergebnisse nicht vermieden werden.

Wird der Vertretene nicht Schuldner der vorvertraglichen Pflichten und haftet er deshalb nicht nach § 278 BGB, so kommt er möglicherweise in den Genuß von Vorteilen, die er gerade erst durch ein schuldhaftes Verhalten seines Vertreters erlangt¹⁾. Um dies zu verhindern, gewährt Ballerstedt zum Ausgleich solcher Vorteile, z.B. eines zu niedrig vereinbarten Entgelts für den Dritten, dem Vertreter, der Schadensersatz geleistet hat, gegenüber dem Vertretenen im Innenverhältnis einen hierauf gerichteten "Erstattungsanspruch" zu²⁾. Dem Vertretenen tritt freilich ein ähnlich wie dem Kommitenten, nur die "endgültigen Vorteile" zugute kommen.

Es mag dahingestellt bleiben, ob sich die Annahme eines solchen Erstattungsanspruchs mit dem Wesen der unmittelbaren Stellvertretung vereinbaren läßt. Jedenfalls verbleiben bei Anwendung dieser Konstruktion Schwierigkeiten. Begeht ein vermögensloser Vertreter eine c.i.c., so ist dem Dritten mit einem Anspruch gegen diesen nicht geholfen, und er ist auf den umständlichen Weg der Abtretung bzw. Pfändung des Erstattungsanspruchs, der insoweit einem Schuldbefreiungsanspruch gleichzusetzen wäre, angewiesen. Dabei hat dieser Weg überhaupt nur Erfolg, wenn dem Kind Vorteile versprochen sind, da andernfalls Ballerstedt einen Rückgriff ablehnt.

Ferner vermag der Vertreter selbst nicht Schadensersatz zu leisten, und der Erstattungsanspruch bildet ebenso eine unzulängliche Handhabe, wenn der Dritte durch Verschulden des Vertreters zu einem für ihn ungünstigen Vertrag verleitet worden ist. Will der Dritte, da er den Vertrag noch nicht erfüllt hat, seinen Schadensersatzanspruch in der Weise geltend machen, daß er die Aufhebung des Vertrages verlangt, oder seinen Anspruch aus c.i.c. dem Erfüllungsanspruch einredeweise entgegensetzen will³⁾, so vermag der gesetzliche Vertreter diesem Verlangen nicht nachzukommen. Er ist nämlich nicht Vertragspartner und darf über Forderungen seines Mündels zur Begleichung einer eigenen Schadensersatzpflicht nicht verfügen.

1) Darauf hat bereits Plum JW 1931, 2232 (2234) hingewiesen.

2) Ballerstedt a. a. O. S. 530.

3) Vgl. z.B. die Entscheidungen des OLG Bremen NJW 1963, 1455 Nr. 10 und des OLG Frankfurt NJW 1964, 256 Nr. 13 sowie des Schleswig-Holst. OLG SchlesHanz 1962, 301.

Auch in diesen Fällen zeigt sich also, daß es gerechtfertigt ist, dem Vertretenen nicht nur Ansprüche aus c. l. c. zu gewähren, sondern ihn auch für ein vorvertragliches Verschulden seines gesetzlichen Vertreters haften zu lassen.

2. Haftung des Vertretenen für Verschulden des gesetzlichen Vertreters beim Abschluß von durch das Vormundschaftsgericht zu genehmigenden Verträgen

Es fragt sich, ob dieses Ergebnis beibehalten werden kann, wenn der gesetzliche Vertreter das in Aussicht genommene Rechtsgeschäft nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornehmen darf (vgl. §§ 1643, 1821, 1822, 1825 BGB).

a) Die Entscheidung des RG 132, 76 ff

Mit einem Fall dieser Art hatte sich das Reichsgericht ¹⁾ zu beschäftigen:

Ein gesetzlicher Vertreter verkaufte das Grundstück seines Kindes mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Der Vertreter hatte dem Käufer durch unzutreffende, allerdings nicht in den notariellen Kaufvertrag aufgenommene Zusicherungen über die Höhe der zu erwartenden Miete zum Kauf bewogen ²⁾.

Eine Haftung des Kindes wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft gemäß § 463 Satz 1 BGB lehnt das Reichsgericht ab, weil sich die vormundschaftliche Genehmigung nicht auf diese Abrede erstreckt habe ³⁾. Eine Schadensersatzpflicht sieht das Reichsgericht auch nicht auf Grund der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 463 Satz 2 BGB wegen arglistigen Vorspiegels einer nicht vorhandenen Eigenschaft als gegeben an, "denn für ein arglistiges Verhalten seines gesetzlichen Vertreters haftet der Mündel zumindest dann nicht, wenn, wie im vorliegenden Fall, der gesetzliche Vertreter allein, d. h. ohne das Vormundschaftsgericht, den Mündel nicht vertreten kann" ⁴⁾. Ob bei folgerichtiger Durchführung dieses Grundsatzes der Minderjährige für das vorvertragliche Verschulden seines gesetzlichen Vertreters dem Geschäftspartner einzustehen hat, wenn der Vertreter zum Abschluß des Rechtsgeschäfts der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, läßt das Reichsgericht damingestellt bleiben, da der Kläger das Erfüllungsinteresse verlangte und ein Verschulden beim Vertragsschluß nur zum Ersatz des

1) RG 132, 76 ff = JW 1931, 2232 mit Anm. von Plum.

2) RG 132, 76 (77).

3) RG a. a. O. S. 78 unter a.

4) RG a. a. O. S. 78 unter b.

negativen Interesses verpflichtet ¹⁾.

Diese Entscheidung kann mithin nicht als Beleg dafür angeführt werden, daß das RG eine Haftung des gesetzlich Vertretenen für c.i.c. ablehnt ²⁾.

Aber auch die einzelnen Begründungen, mit denen das Reichsgericht Ansprüche aus § 463 Satz 1 und Satz 2 BGB verneint hat, nämlich daß der Mündel ein arglistiges Verhalten seines Vertreters, wenn dieser der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, im Rahmen des § 463 Satz 2 BGB nicht zu vertreten habe ³⁾ und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur die ihm vorgelegten Vertragsbedingungen decke ⁴⁾, können nicht für die Ablehnung einer Verpflichtung des Vertretenen aus c.i.c. herangezogen werden.

Die Genehmigung ist Wissenskriterium für das vom gesetzlichen Vertreter abgeschlossene Verträge ⁵⁾. Erst bei ihrem Vorliegen ergeben sich für das Kind vertragliche Verpflichtungen. Vertragsbedingungen, die dem Vormundschaftsgericht überhaupt nicht vorgelegt werden und von denen es nichts erfährt, können schließlich, mag auch der Vertrag an übrigen Genehmigungsbedingungen angeknüpft worden und erfüllt dann keine Verbindlichkeit gegenüber dem Kind. Mit Recht hat daher das Reichsgericht in der oben angeführten Entscheidung das Vorliegen einer vertraglichen Bewusstseinsinanspruchnahme wegen Fehlens eines Vertreters in dem allen bzw. zeitweiligen Vorliegen nicht vorhandener Eigenschaften abgelehnt ⁶⁾. Aber der "Schuldschrank der Genehmigungspflichtigen" ⁷⁾ nur, dem Mündel im Rahmen vorgelegten Vertragsbedingungen eine Verbindlichkeit zuzurechnen, wenn jedoch wie Gernhuber meint, ein für die Verletzung von vertraglichen Sorgfaltspflichten einzustehen zu lassen. Der Anspruch aus c.i.c. beruht nicht auf dem Vertrag, sondern auf dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis und gewährt auch dann Ersatz des positiven, so der Inhalt ist, nicht nur des negativen Interesses. Rechtsgrundlage und Rechtsfolgen der Ansprüche

1) RG a.a.O. S. 79 unter c.

2) So aber Ballerstedt a.a.O. S. 528; Grandpair S. 78 und Fn. 2.

3) So aber Müller FR 1962, 441 (443), zustimmend Gernhuber, FR, § 52 III 11, S. 570.

4) So aber Ballerstedt a.a.O. S. 528; vgl. auch Grandpair S. 79.

5) Die Frage nach der Rechtsnatur der Genehmigung kann hier nicht gestellt bleiben; vgl. hierzu Dölle, FR, II, § 128 VI 1; Müller-Freienfels S. 381 ff.

6) Auch in der von Gernhuber, FR, § 52 III 11, S. 570 Fn. 3 zitierten Entscheidung RG 56, 281 (283 f.) ging es um die Frage, ob der Pflegeentlehner auch durch die vom Vertreter arglistig gemachten Zusicherungen vorvertraglich gebunden wird.

7) Gernhuber, FR, § 52 III 11, S. 570.

aus § 463 BGB und aus c.i.c. sind daher verschieden ²⁾. Wenn nun die während der Verhandlung begangenen Pflichtverletzungen vor dem Vertragsschluß liegen und ihre Rechtswirkungen unabhängig von einem nachfolgenden Vertrag eintreten, muß es auch gleichgültig sein, ob dieser Vertrag erst durch eine hinzutretende Genehmigung Verbindlichkeit erlangt.

b) Befugnis des gesetzlichen Vertreters zur Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluß genehmigungspflichtiger Verträge

Für eine Haftung des Vertretenen kommt es vielmehr auch hier entscheidend darauf an, daß der gesetzliche Vertreter Verhandlungsbefugnis besitzt. Hildebrandt ³⁾ und Grandpaire ⁴⁾ sind der Ansicht, daß insoweit allerdings der Genehmigungspflichtigkeit des in Aussicht genommenen Rechtsgeschäfts Bedeutung zukommt. Sie gehen vielmehr zurecht davon aus, daß durch das Erfordernis der Genehmigung bei bestimmten Vertragsgeschäften die Vertretungsmacht der Eltern, des Vormunds und des Pflegers beschränkt wird ⁴⁾. Daraus folgern sie, daß ein gesetzlicher Vertreter als nicht zur Führung von Verhandlungen zu solchen Vertragsschlüssen befugt ist, die außerhalb der vertragsrechtlichen Gebundenheit des Vertretenen nicht begreifbar wären. Sobald der Vertreter aber "wegen des Hinzutretens einer Zulage, oder nachteiligen, zufälligen Zeitpunkt des Eintritts in die Vertragshandlungen zurückwirkenden Genehmigung befugterweise Verhandlungen aufnimmt, entsteht zwischen dem Vertretenen und dem Dritten ... das Schuldverhältnis in contrahendo" ⁵⁾.

Dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden. Der gesetzliche Vertreter muß, gleichgültig, ob er ein genehmigungspflichtiges oder -freies Rechtsgeschäft abschließen will, als befugt angesehen werden, die entsprechenden Verhandlungen zu betreiben und zu führen. Das Ergebnis seiner Verhandlungen, den genehmigten Vertrag, soll er dann dem Vormundschaftsgericht vorlegen. Dieses hat lediglich den Vertrag daraufhin zu überprüfen, ob er im wohl verstandenen Interesse des Mündels liegt. Die Erteilung einer gesonderten Genehmigung oder Ablehnung in die Verhandlungsaufnahme gehört dagegen nicht zu seinen Pflichten. So stellen begegnet es auch keinen Bedenken, den gesetzlichen Vertreter als zur Verhandlungsaufnahme und -führung ermächtigt anzusehen, obgleich er zum

1) Vgl. Diederichsen BB 1965, 401 (403).

2) Hildebrandt S. 296/297.

3) Grandpaire S. 94.

4) Vgl. Palandt-Lauterbach § 1821 Anm. 1c; Siebert-Lange § 1626 Bem. 15; Dölle, FR II, § 128 VI 1; RG 50, 281 (283); RG 61, 207 (209).

5) Grandpaire S. 100.

Abschluss des Vertrages der vorstandschaftlicher (mithin Bewilligung bedarf. Für den Vertretenen aus dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen verpflichtet zu können, ist nämlich, wie oben bereits ausgeführt ¹⁾, nur Verhandlungsvollmacht, nicht aber Abschlussvollmacht erforderlich. Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Haftung des Vertretenen ist nur gegeben, wenn der Vertreter den Dritten über die Bewilligungsbedürftigkeit des abschließenden Vertrages täuscht. In diesen Fällen haftet der Vertreter entsprechend § 179 BGB persönlich.

3. Einstandspflicht des "Vertretenen" für die von "Vermögensverwaltern" begangenen vorvertraglichen Pflichtverletzungen

Auch bei anderen Erwägungen wie bei der gesetzlichen Vertretung haften auch in den Fällen, in denen Konkurs-, Nachlaß-, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker oder Treuhänder im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit eine vorvertragliche Pflichtverletzung verurteilen (soweit der "Vertretene" ²⁾). Zwar besteht die vorvertragliche Vertrauenslage auch hier nur zwischen Verwalter und Verhandlungspartner, doch treffen die mit der Verhandlungsaufnahme entstehende Rechte und Pflichten den Rechtsträger des verwalteten Vermögens. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, braucht die bekannte Streitfrage um die Rechtsstellung der Vermögensverwalter nicht entschieden zu werden.

Nach mancher Vertretungstheorie ³⁾ so begründet der Verwalter als gesetzlicher Vertreter in entsprechender Anwendung des § 104 BGB das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen mit Wirkung für und gegen den Vertretenen, und dieser hat nach § 278 BGB ⁴⁾ für ein Verschulden seines Vertreters einzustehen.

Auch die Anhänger der Amtstheorie ⁵⁾, die die Verwalter als amtliche Organe ansehen, geben zu, daß diese mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Träger des Vermögens tätig werden und ihr Handeln eine Wirkung der gesetzlichen Vertretung entspricht ⁶⁾. Aus der Erwägung, daß die Ausdruck "gesetzlicher Vertreter" in § 278 BGB nicht im eigentlichen, sondern im weiteren Sinne

1) Siehe oben S. 56 f.

2) Ebenso Flume, AT, § 46, 6, S. 798; Staudinger-Coing § 164 Anm. 17c; Siebert-Schultze v. Lasaulx § 164 Bem. 4, Vorbem. 29 § 164.

3) Vgl. statt aller Jäger-Lent Vorbem. zu §§ 6-9.

4) Vgl. Jäger-Lent § 6 Anm. 5.

5) Vgl. Mentzel-Kuhn § 6 Anm. 17 m.w.N.; RG 29, 29 (36); RG 120, 189 (192); BGH 24, 393 (316).

6) Vgl. Böhle-Stamschräder § 6 Anm. 2; RG 80, 416 (418).

des Handelns mit Wirkung für andere zu verstehen ist“¹⁾, wendet die Amtstheorie ebenfalls jene Bestimmung an²⁾.

Ganzlich ohne die Anwendung der §§ 164 und 173 BGB kommt die Lehre vom „neutralen Handeln“ aus³⁾. Nach ihr haftet das verwaltete Vermögen für die Folgen der Verwaltungstätigkeit des Verwalters ohne weiteres. Diese Auffassung erscheint allerdings insofern bedenklich, als das Vermögen als solches weder Rechte noch Verbindlichkeiten haben kann, da es kein Rechtssubjekt ist. Inhaber von Rechten und Pflichten kann vielmehr nur der Rechtsträger des Vermögens, also der Gemeinschuldner, die Erbennachw., sein⁴⁾. Ob allerdings der Inhaber des Vermögens nur mit diesem für die Tätigkeit des Verwalters haftet, ist eine andere Frage, auf die hier nicht eingegangen zu werden braucht⁵⁾.

4. Haftung des Mannes für von der Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt begangene c.i.c.

Der Ehefrau ist gemäß § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB das Recht eingeräumt, im Rahmen ihres tatsächlichen Wirkungskreises Geschäfte mit Wirkung für und gegen den Ehemann anzuzuhängen. Die Beschränkung im Vergleich zu den anderen Fällen der Vertretung liegt darin, daß sie nur während im eigenen Namen auftritt, gleichwohl aber für Ehemann Partei der andersschlüssenen Verträge wird. Es fragt sich, ob auch das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen zwischen dem Dritten und dem Ehemann oder etwa mit ihr zustande kommt, wenn sie Verhandlungen zum Abschluß von Verträgen, die im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt liegen, aufnimmt und führt.

1) BGH NJW 1958, 670.

Vgl. RG 144 909 (402), BGH NJW 1958, 670; Palandt-Danckelmann § 278 Anm. 2a; BGH JR 1957, 419 = BB 1957, 1346; Staudinger-Dittmann § 2219 Anm. 13; Larenz, SR I, S. 233.

Vgl. Dehne, Festschrift für Schulz, S. 268 (279/280); Staudinger-Comig Anm. 57 vor § 164; Böhle-Stamschräder § 6, 2.

4) Vgl. Mentzel-Kuhn § 57 Anm. 9 m.w.N..

5) Die Frage ist wohl zu bejahen für den Gemeinschuldner (vgl. Jäger-Lent § 57 Anm. 4; Mentzel-Kuhn § 57 Anm. 11). Für die Nachlaßverwaltung ergibt sich die beschränkte Haftung des Erben auf den Nachlaß aus § 1975 BGB. Die Testamentsvollstreckung beschränkt dagegen nicht ohne weiteres die Haftung des Erben (vgl. Palandt-Rechenmacher Anm. 1 vor § 2193). Für die Tätigkeit des Treuhänders und Zwangsverwalters haftet wohl nur das verwaltete Vermögen.

Im Anschluß an die Gedankengänge Ballerstedts gelangt Schlosser¹⁾ zu der Ansicht, daß der Ehemann "aus einem von seiner Ehefrau angebahnten Vertragsverhandlungsverhältnis nicht in Anspruch genommen werden" kann. Dies erscheint folgerichtig, da die Ehefrau im eigenen Namen verhandelt und damit die vorvertragliche Vertrauenslage nur zwischen ihr und dem Dritten entsteht.

Dieses Ergebnis vermag jedoch nicht zu befriedigen. Ebenso wie dem "kraft Gesetzes" Vertretenen muß also dem Ehemann, obwohl nur das Verhandlungsvertrauen der Ehefrau enttauscht worden ist, der Anspruch aus c.i.c. zustehen, wenn der Dritte eine vorvertragliche Pflicht verletzt. Im Normalfall, von dem das Gesetz ausgeht, ist die Frau mittellos, während der Mann aus seinem Vermögen und Einkommen die für die Haushaltsführung notwendigen Mittel seiner Frau zur Verfügung stellt. Deshalb wird er durch vorvertragliche Pflichtverletzungen Dritter geschädigt und muß zum Ausgleich dafür einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger haben. Umgekehrt ist es auch rechtspolitisch gerechtfertigt, ihn für vorvertragliches Verschulden seiner Ehefrau haften zu lassen, da in der Regel nur er und nicht seine Ehefrau in der Lage ist, die Schadensersatzforderung Dritter zu erfüllen. Im Interesse des Rechtsverkehrs ist es geboten, die im vertraglichen Bereich geltende Haftung des Mannes auch auf den vorvertraglichen Bereich auszudehnen.

Die Berechtigung und Verpflichtung des Ehemannes aus dem Verhandlungsverhältnis ist rechtlich damit zu begründen, daß die vorvertragliche Vertrauenslage zwar nur zwischen Dritten und Ehefrau entsteht, diese aber ihren Ehemann nicht nur aus dem im Rahmen der Schlüsselgewalt abgeschlossenen Verträge, sondern auch aus den zu seiner Vorbereitung eingeleiteten Vertragsverhandlungen auf Grund der in der Schlüsselgewalt notwendigerweise enthaltenen Verhandlungsvollmacht zu berechtigen und verpflichten vermag. Dabei ist allerdings genügend, wenn die Ehefrau die Verhandlungen im eigenen Namen führt, da § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB von dem Erfordernis des Handelns im fremden Namen absieht.

Der Ehemann ist also Schuldner der vorvertraglichen Pflichten und hat daher für ein schuldhaftes Verhalten der Ehefrau während der von ihr geführten Verhandlungen nach § 276 BGB einzustehen. Die Ehefrau kann allerdings nicht als Erfüllungsgehilfin ihres Ehegatten - auch nicht in einem weiteren Sinne - angesehen werden²⁾. Der Ehemann "bedient" sich nämlich nicht seiner Ehefrau zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, weil er nicht die Möglichkeit hat, jeweils zu bestimmen, ob und wann seine Ehefrau tätig wird³⁾. Diese handelt vielmehr im Rahmen ihres hauslichen Wirkungskreises in eigener Verantwortung. Richtiger ist es,

1) Schlosser, FamRZ 1961, 287 (294).

2) So aber Staudinger-Hübner § 1357 Anm. 32.

3) Zutreffend Schlosser FamRZ 1961, 287 (289).

die Ehefrau als gesetzliche Vertreterin im Sinne des § 278 BGB zu betrachten, wobei es dahingestellt bleiben mag, ob sie unmittelbar als gesetzliche Vertreterin oder als einer gesetzlichen Vertreterin gleichgestellt zu behandeln ist. Selbst die, die es im Hinblick auf die gewandelte Stellung der Ehefrau nicht für angemessen halten, sie noch als Vertreterin des Mannes zu betrachten ¹⁾, räumen ein, "daß hinter dem § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB doch eine Vertretungssituation steckt" und daher auf Grund derselben Interessenlage wie bei der gesetzlichen Vertretung § 278 BGB angewendet werden kann ²⁾.

VII. PERSÖNLICHE HAFTUNG DES VERTRETERS FÜR c.i.c.

Wurde in den letzten Kapiteln dargelegt, daß der Vertretene stets für ein vorvertragliches Verschulden seines Vertreters haftet, gleichgültig, ob es sich um einen Bevollmächtigten oder um einen gesetzlichen Vertreter handelt, so soll nun untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen auch der Vertreter für die von ihm begangene Pflichtverletzung einzustehen hat ³⁾. Dabei soll zunächst auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu diesem Problem eingegangen werden.

1) Seit Erlaß des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. 6. 1957 herrscht Streit darüber, wie die Rechtsstellung der Ehefrau dogmatisch einzuordnen ist (vgl. die Nachw. bei Dölle, FR I, § 45 III 2; Gernhuber, FR, § 19 III 1; Müller-Freienfels S. 348). Einige Autoren sehen die Frau nach wie vor als Vertreterin des Mannes kraft Gesetzes an. Andere sind dagegen der Ansicht, daß ihre Kennzeichnung als Stellvertreterin "mit der selbständigen Stellung der Frau unvereinbar" (Maurer S. 74, 79) sei. Unter Berufung auf die Überlegungen Ballerstedts in AcP 151, 501 (513 f), insbes. 516) zur Lehre von der abstrakten Natur der Vollmacht aus rechtsgeschichtlicher Sicht weist Fahr S. 43 jedoch mit Recht darauf hin, daß "Stellvertretung keineswegs gleichbedeutend ist mit Weisungsgebundenheit, Gewaltunterworfenheit, Abhängigkeit und Interessenwahrung" und daß "in der Eigenschaft als Vertreter überhaupt keine soziale Wertung mehr steckt".

2) Schlosser FamRZ 1961, 287 (292); vgl. auch BGB-RGRK-Scheffler § 1357 Anm. 8.

3) Soweit der Vertreter mit seinem Verhalten zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung verwirklicht, haftet er in jedem Falle persönlich (Stoll JW 1928, 1285 (1286); Müller, Arglistige Täuschung ..., S. 51; Lorberg S. 35; RG DRZ 1929 Nr. 1054).

1. Darstellung und kritische Betrachtung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs

a) Die Rechtsprechung des RG und des BGH zur Haftung des Vertreters

Zum ersten Male beschäftigte sich das Reichsgericht mit der Frage, ob auch der Vertreter persönlich für die Haftung in einer Entscheidung, der folgender Sachverhalt zugrunde lag ¹⁾:

Der Beklagte hatte ein Grundstück gekauft und weiterverkauft. Da er noch nicht als Eigentümer eingetragen war, hatte er die Verhandlungen mit dem Zweitkäufer auf Grund einer Vollmacht des Erstverkäufers geführt. Hierbei hatte er eine Aufklärungspflicht verletzt.

Die Frage, ob der Vertreter für die Haftung des Verkauften bei Vertragsschließung, auch wenn er die Verhandlungen in fremdem Namen geführt habe ²⁾. Es könne dahingestellt bleiben, ob ein Vertreter sich selbst und nicht nur seinen Mandatgeber für die Haftung übernahm, zweifelhaft sei, ob der Vertreter als Schuldner anzusehen sei. Im vorliegenden Fall lägen die Dinge aber besonders, da der Beklagte das Grundstück in seinem Interesse weiterzuverkaufen suchte. Nur aus dem formalen Grunde ³⁾, weil das Grundstück noch auf dem Namen des Erstverkäufers eingetragen gewesen sei, habe er als Verkäufer und der Beklagte als sein Vertreter aufgetreten. Der sachlich allein oder jedenfalls wesentlich beteiligte sei der Beklagte gewesen. Diese seine Stellung als einer Art von Procurator in rem suam verpflichte ihn persönlich und zwar selbst dann, wenn er erkennbar als Vertreter des Erstverkäufers aufgetreten sein sollte.

Soweit nicht die Kommentare jener Zeit die Entscheidung ohne weitere Stellungnahme übernahmen ⁴⁾, wurde sie in der Wissenschaft überwiegend kritisiert.

So führt Stoll ⁵⁾ aus, daß der Stellvertreter, wenn er als solcher auftrete, niemals aus Verschulden bei Vertragsschluß hafte, sondern nur nach den Vorschriften über die unerlaubte Handlung. Aus der zulässigen Anwendung der Stellvertretungsregeln auf das vorvertragliche Rechtsverhältnis ergebe sich nur eine Haftung des Vertretenen, niemals des Vertreters. Auch ein eigenes wirtschaftliches

1) RG 120, 249 ff = RG JW 1928, 1285 Nr. 3 = RG Recht 1928 Nr. 1035.

2) RG 120, 249 (252).

3) RG a. a. O. S. 253.

4) Vgl. die Nachweise bei Hildebrandt S. 136 Fn. 18.

5) Stoll JW 1928, 1285/1286; zustimmend Müller S. 60 ff; ähnlich auch Cabjolski S. 63.

Interesse des Vertreters andere hieran nichts, da es für den Begriff der Stellvertretung gleichgültig sei, ob der Vertreter im eigenen oder fremden Interesse handle. Wolle man den Vertreter wegen seines eigenen wirtschaftlichen Interesses selbst haften lassen, dann könne man dies nur damit begründen, daß man ihn nicht mehr als Vertreter, sondern bereits als Eigenpartei bezeichne.

Während Stoll diese Möglichkeit nicht ausdrücklich ausschließt, lehnt Kober ¹⁾ sie mit der Begründung ab, man würde auf diese Weise die Haftung des Vollmachtgebers ausschalten, obwohl die Merkmale der unmittelbaren Stellvertretung - Vollmacht und Handeln des Vertreters im Namen des Vollmachtgebers - vorliegen. Der Dritte vertraue und rechne nur mit der Haftung des Vertretenen unbeschadet aller wirtschaftlichen Hintergründe und Beziehungen. Von diesem Grundsatz dürfe man nicht abgehen, auch wenn von dem Vertreter als dem wirtschaftlich Bessergestellten eher Schadensersatz zu erlangen sei.

Geiß ²⁾ und Hildebrandt ³⁾ sind ebenfalls der Meinung, daß der Vertreter, auch wenn er das Geschäft für eigene Rechnung, aber erkennbar und ernstlich im fremden Namen schließt, nicht Partei des Geschäftes wird.

Lediglich Steffen ⁴⁾ stimmt der Reichsgerichtsentscheidung zu. Er hält zwar die Anwendung der Stellvertretungsregeln auf das Verhandlungsverhältnis für zulässig, glaubt aber, daß unter Umständen auch der Vertreter in ein Rechtsverhältnis zum Dritten tritt. Faber ⁵⁾ folgend erblickt er nämlich den tieferen Grund für die bereits während der Verhandlungen bestehenden Rechtspflichten darin, daß die Parteien, zwischen denen der Vertrag zustande kommen soll, eine wirtschaftliche Annäherung erfahren. Regelmäßig sei zwar allein der Vertretene der wirtschaftlich an den Verhandlungen Interessierte, und daher hafte der Vertreter, der außerhalb der in der Vertragsverhandlung sich vollziehenden wirtschaftlichen Annäherung stehe, nicht. Aber wenn der Vertreter als Procurator in rem suam auftrete, sei es eine sinngemäße Anwendung des Grundsatzes der c.i.c.-Haftung, wenn das Reichsgericht auch den Vertreter haften lasse.

Die Ansicht Steffens kann nicht überzeugen. Grund der vorvertraglichen Haftung ist nicht die wirtschaftliche Annäherung der Parteien, sondern das von ihnen gegenseitig entgegengebrachte Vertrauen. Daher ist Steffens Folgerung hinsichtlich der Haftung des Vertreters hinfällig, weil der Grundgedanke der Haftung für c.i.c., von dem er ausgeht, nicht zutreffend ist.

1) Kober S. 43; ebenso Hamburger S. 165.

2) Geiß S. 49.

3) Hildebrandt S. 136, 299.

4) Steffen S. 59/60.

5) Vgl. Faber S. 44.

Im Anschluß an die eine Haftung des Vertreters ablehnenden Stellungnahmen der Wissenschaft führte das Reichsgericht ¹⁾ in einer seiner nächsten Entscheidungen ebenfalls aus, Schuldner der vorvertraglichen Pflichten sei allein der Vertretene und nur er müsse für deren schuldhaftige Verletzung durch seinen Vertreter einstehen. Den Fall in RG 120, 249 ff bezeichnete es als wesentlich anders liegend, da der dortige Beklagte der einzig sachlich Beteiligte an den Verhandlungen war.

Auch im 132. Band hielt das Reichsgericht ²⁾ daran fest, daß im allgemeinen ein Verschulden des Vertreters beim Vertragsschluß nur den Vertretenen, nicht aber den Vertreter auf vertragsähnlicher Grundlage schadensersatzpflichtig macht. Unter Hinweis auf RG 120, 249 ff bemerkte es lediglich, eine Schadensersatzpflicht des Vertreters könne in Frage, wenn er am Zustandekommen des Vertrages ein eigenes Interesse habe.

Aber bereits einige Jahre später wurde aus diesem Gesichtspunkt ein Vertreter zum Schadensersatz wegen c.i.c. verurteilt, da er der eigentliche Vertragsgegner und sein Auftraggeber nur Strohmann war ³⁾.

In einer weiteren Entscheidung, in der ebenfalls ein Vertreter wegen seines eigenen Interesses an den Verhandlungen aus c.i.c. haftbar gemacht wurde, brachte das Reichsgericht einen neuen Gedanken ⁴⁾. Der Dritte hafte für sein eigenes Verhalten auch auf Grund eines zu ihm begründeten Vertrauensverhältnisses ⁵⁾. Der Grundsatz nämlich, daß schon bloße Vertragsverhandlungen ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten erzeugen, habe eine Anwendung auch auf Drittbeteiligte nahegelegt und sei ihnen gegenüber angewandt worden, sofern sie die Vertragsverhandlungen in eigenen Interesse maßgebend geführt hätten.

Der Gesichtspunkt einer besonderen Vertrauenshaftung ist aber den früheren Entscheidungen des Reichsgerichts, die die Haftung des Vertreters betreffen, nicht erwähnt worden. Auch der Hinweis auf RG 143, 222 ist unzutreffend, weil sich der Beklagte dort persönlich verpflichten wollte.

Der letzten Entscheidung ⁶⁾, in der das Reichsgericht sich mit einer persönlichen

1) RG JW 1929, 3149.

2) RG 132, 76 (80/81) = RG JW 1931, 2232.

3) RG HRR 1935 Nr. 719.

4) RG 159, 33 (54-56).

5) Diesen Gesichtspunkt gebrauchte auch das OLG Hamburg JW 1936, 3139 Nr. 21 mit Anm. Eplinius zur Begründung einer persönlichen Haftung des Vertreters.

6) Die bei Staudinger-Coing § 164 Anm. 17 a zitierte Entscheidung RG DNotZ 1944, 202 gehört nicht in diesen Zusammenhang, da sie eine Haftung aus § 826 bzw. § 179 betrifft.

Haftung des Vertreters beschäftigt, lag im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde ¹⁾:

Der Kläger hatte durch Vertrag die Aktien einer Aktiengesellschaft, die eine Spinnerei betrieb, von dem Inhaber des gesamten Aktienkapitals, Pf., zum Preise von 500.000. -- RM gekauft. Die Beklagte, eine Bank, die der AG einen Kredit von zuletzt 150.000. -- RM gewährt hatte, hatte, vertreten durch ihren Direktor I., die Kaufverhandlungen für Pf. geführt. Der Kläger behauptet, I. habe ihm zum Abschluß des Kaufes bestimmt, indem er ihm verschwiegen habe, daß die Spinnerei schon konkursreif gewesen sei. I. habe ihn, da er über die Verhältnisse der Spinnerei genau unterrichtet gewesen sei, über diese aufklären müssen, zumal er, der Kläger, mit der Bank in umfänglicher Geschäftsverbindung gestanden habe. Der Kläger verlangt nunmehr Ersatz des ihm durch den Kauf entstandenen Schadens.

Das Reichsgericht stellt zunächst fest, daß Pf. und nicht die beklagte Bank als Verkäufer der Aktien anzusehen ist, auch wenn die Bank, wirtschaftlich betrachtet, als Inhaberin der Vermögenswerte der Spinnerei angesehen werden konnte und ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an dem Zustandekommen des Verkaufs der Aktien hatte ²⁾. Aus diesem Grunde lehnt das Reichsgericht auch eine Haftung der Bank aus c.i.c. ab. "Die Verpflichtung, bei Vertragsverhandlungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden, und die gesteigerte Haftung schon für nur fahrlässiges Verhalten auch bei Vertragsverhandlungen trifft", wie das RG näher ausführt, "den Gegner des zu schließenden Vertrages, nicht einen Dritten, im vorliegenden Falle mithin Pf., nicht die Bank, die nicht Verkäuferin, sondern nur Vermittlerin für Pf. war. Es würde zu weit gehen, wollte man eine bei Vertragsverhandlungen lediglich mitwirkende Person, die nicht Vertragsgegner werden, also keine Vertragspflichten übernehmen will und soll, wie einen vertraglich Verpflichteten schon für eine etwaige Fahrlässigkeit bei den Verhandlungen haften lassen. Ein 'vertragsähnliches Vertrauensverhältnis' besteht zu einer solchen Person ja gerade nicht, weil ein gemeinschaftliches vertragliches Band gar nicht geknüpft werden soll und an die Begründung gegenseitiger Rechte und Verbindlichkeiten nicht gedacht ist" ³⁾. Den Hinweis der Revision auf die Entscheidung RG 120, 240 ff. hält das Reichsgericht nicht für überzeugend. Der dort entschiedene Fall lag nach seiner Ansicht anders. Dort sei der Beklagte nur aus dem formalen Grunde nicht als Verkäufer, sondern nur als Vertreter eines Dritten aufgetreten: wenn dieser Dritte noch als Eigentümer des zu verkaufenden Grundstücks im Grundbuch eingetragen gewesen sei. Demgegenüber sei im vor-

1) RG WarnRspr 1943 (2. Bd., Lieferung 1) Nr. 12, S. 34 ff.

2) RG a.a.O. S. 35.

3) RG a.a.O. S. 35/36.

liegenden Fall Pf. Eigentümer der im verkauften Aktienpaket, er sei der Verkäufer und der Vertragsgegner des Klägers, und die Rechte der Bank an dem Unternehmen seien nur diejenigen einer durch Sicherheiten weitgehend gedeckten Gläubigerin¹⁾.

Wenn das Reichsgericht auch nicht ausdrücklich von der Entscheidung RG 120, 240 ff Abstand nimmt, so scheint es doch, wie die zitierte Begründung deutlich werden läßt, nimmer einer persönlichen Haftung des Vertreters recht ablehnend entgegenzutreten. Denn eigentlich hatte im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung²⁾, auf die das Reichsgericht allerdings nicht näher eingeht, die Bejahung einer Haftung der Beklagten nahelegen³⁾. Die Bank hatte, dies ergibt sich aus ihrer Stellung als Gläubigerin der verkauften Spinnerei, ein erhebliches Interesse am Verkauf des Aktienpaketes. Auch die Begründung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Kläger und Bank hätte in Anbetracht der zwischen ihnen bestehenden Geschäftsverbindung nicht schwer fallen können.

Insgesamt ist daher festzustellen, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage der persönlichen Haftung des Vertreters schwankend und nicht einheitlich ist.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der Bundesgerichtshof in einer im Schrifttum viel beachteten Entscheidung aufgenommen, in der es um die persönliche Haftung eines Ehemannes, der seine Frau bei den Verhandlungen über den Kauf eines Grundstücks vertreten hat, geht⁴⁾. Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

- 1) RG a. a. O. S. 37; einen Anspruch des Klägers aus § 826 BGB gegen die Bank lehnte das Reichsgericht ab, da es eine vorsätzliche Schadenszufügung nicht als erwiesen ansah.
- 2) In diesem Zusammenhang ist auch eine Entscheidung zu erwähnen, in der das RG Dritte, die an der arglistigen Täuschung des Verkäufers als seine Gehilfen mitgewirkt hatten, gem. § 463 BGB auf das positive Interesse haften ließ, weil sie ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Kaufvertrages hatten (RG 103, 154 (160/161); ablehnend Hagemann S. 52/53; Siebert-Ballerstedt § 463 Bem. 15).
- 3) Müllereisert S. 211/212 lehnt dieses Urteil von seiner Theorie des Haftungsvertrages (vgl. dessen Definition auf S. 211) aus ab. Diese Theorie ist jedoch abzulehnen, da sie mit dem geltenden Recht unvereinbar ist. Mit Recht ist ihm, soweit ersichtlich, niemand gefolgt.
- 4) BGH 14, 313 = BGH NJW 1954, 1925 Nr. 2 = BGH JZ 1955, 158 = BGH LM Nr. 19 zu § 18 Abs. 1 Ziff. 2 UmstG.

Der Kläger verkaufte vor der Währungsreform ein Grundstück an eine Ehefrau, die durch ihren Mann vertreten war, zu einem Kaufpreis von 24.354. -- Mark. In Höhe des Kaufpreises sollte die Käuferin eine Sicherungshypothek eintragen lassen. Der Ehemann beantragte nach der Währungsreform jedoch nur die Eintragung einer Hypothek in Höhe von 2.435, -- DM, weil ihm sein Notar die irrtümliche Auskunft gegeben hatte, die Kaufpreisforderung sei unter allen Umständen im Verhältnis 10:1 umgestellt worden. Kurze Zeit nach der Eintragung erwarb der Ehemann das Grundstück gegen Übernahme der Hypothek, im übrigen unentgeltlich von seiner Ehefrau. Der Kläger verlangt von dem beklagten Ehemann die Eintragung einer Ergänzungshypothek in Höhe von 21.919, -- DM.

Der BGH hält den Ehemann für verpflichtet, die Sicherungshypothek zu erhöhen. Grundsätzlich treffen, wie der BGH ausführt, allerdings die Pflichten aus einem Vertrag, den ein bevollmächtigter Vertreter schließt, nur den Vertretenen (§ 164 BGB). Für die Haftung aus c.i.c. hat jedoch das RG auch eine Haftung des Vertreters anerkannt, wenn er an dem erstrebten oder vollzogenen Geschäftsabschluß persönlich ein wirtschaftliches Interesse gehabt habe. In Fortführung dieses Gedankens erachtet der BGH einen Ehemann, der für die Ehefrau einen Vertrag abschließt und bei der Erfüllung mitwirkt, insbesondere auch mit Rücksicht auf die enge wirtschaftliche Verbindung zwischen Ehegatten, für verpflichtet, die Vertragszwecke nicht zu vereiteln; hat er, wenn auch ohne Verschulden, durch sein Verhalten einen Vertragszweck vereitelt, so muß er einen dadurch eingetretenen Schaden des Vertragsgegners beseitigen, wenn er sich sonst auf dessen Kosten bereichern würde. Der Ehemann hat nach Ansicht des BGH das in ihn vom Kläger gesetzte Vertrauen verletzt und verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er trotz Aufklärung über die wahren, zunächst verkannten Rechte des Klägers die Bestellung einer Ergänzungshypothek ablehnen will. Dabei weist der BGH noch auf den Rechtsgedanken des § 816 BGB hin.

Dieser Entscheidung kann nicht zugestimmt werden¹⁾. Ob sich mit der "engen wirtschaftlichen Verbindung zwischen Ehegatten" und mit der Verletzung des Vertrauens durch den Ehemann dessen Haftung für c.i.c. begründen läßt, mag hier dahingestellt bleiben. In den Handlungen des Ehemanns kann nämlich keinesfalls die schuldhaft Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht gesehen werden. Bei der Pflicht zur Bestellung der Sicherungshypothek handelt es sich nicht um eine vorvertragliche, sondern um eine vertragliche Pflicht. Darüberhinaus hat der Ehemann diese sich aus dem Verträge ergebende Pflicht auch nicht schuldhaft verletzt.

1. Ebenfalls ablehnend Ballerstedt FamRZ 1955, 200; Reimcke NJW 1955, 533; Staudinger-Werner, 11. Aufl., § 276 Anm. 34; Siebert-Reimer Schmidt Bem. 1. Vor § 275, zustimmend Lehmann JZ 1955, 159; vgl. auch noch die Anmerkung zu diesem Urteil von Pritsch LM Nr. 19 zu § 18 Abs. 1 Ziff. 2 UmstG.

als er eine zu niedrige Hypothek eintragen ließ, da er sich auf die Auskunft des Notars verlassen hatte. Es war daher verfehlt, im vorliegenden Falle auf die Frage der persönlichen Haftung des Ehemannes für c.i.c. einzugehen.

Den richtigen Weg, um die "unmittelbar einleuchtende" ¹⁾ Haftung des Ehemannes zu begründen, hat Reinicke gewiesen ²⁾. Entweder kann der Kläger, wenn er den Kaufpreis von der Ehefrau nicht erhalten kann, die Übertragung des Grundstücks an den Ehemann gemäß §§ 3, 7 AufG anfechten ³⁾, oder er kann gemäß §§ 223 Abs. III, 812 BGB das Grundstück vom Ehemann zurückverlangen. Der Ehemann ist die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflicht, eine Hypothek in der vereinbarten Höhe zu bestellen, durch die Übertragung des Grundstücks an ihren Ehemann nachträglich unmöglich geworden. Diese Unmöglichkeit hat sie nicht zu vertreten. Dadurch verliert sie ihren Anspruch auf die Gegenleistung (§ 223 Abs. I BGB), und die Rückforderung des von ihr bereits empfangenen Grundstücks richtet sich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 223 Abs. III BGB). Da der Ehemann das Grundstück uneingeschränkt erhalten hat, kann der Kläger nach ihm gemäß § 812 BGB die Herausgabe des Grundstücks, nicht jedoch die Erhöhung der Sicherungshypothek verlangen ⁴⁾.

Bestand im Wesen Fall kein Anlaß, auf die Frage der persönlichen Haftung des Vertreters aus c.i.c. einzugehen, so wurde sie in dem nun folgenden Urteil zu Recht erörtert ⁵⁾:

Der Beklagte, der Agent einer nicht zahlungskräftigen Gesellschaft war, die für eine Rundreise ein Schiff gechartert hatte, hatte sich von dieser die Frachtforderungen aus der Reise abtreten lassen. Als das Schiff auf der Rückreise den Hafen M anlief, beauftragte der Beklagte im Namen der Charterin den Kläger, einen Schiffsmakler, mit der Abfertigung des Schiffes. Dieser gab sich auf Betreiben des Beklagten mit der Hälfte des von ihm ursprünglich geforderten Vorschusses zufrieden, weil er im übrigen darauf vertraute, daß die von ihm in M einzuziehenden Frachten zunächst zur Deckung seiner Auslagen und Vergütung verwendet werden sollten. Nachdem

- 1) Ballerstedt FamRZ 1955, 200 (201).
- 2) Reinicke NJW 1955, 533 (534).
- 3) Ebenso Ballerstedt a.a.O. S. 201.
- 4) Sehr fraglich erscheint es auch, die Pflicht zur Bestellung der Sicherungshypothek mit der analogen Anwendung der §§ 816, 812 BGB begründen zu wollen. Ablehnend Ballerstedt a.a.O. S. 203; Reinicke a.a.O. S. 534; dafür jedoch Lehmann JZ 1955, 159/160; die Frage offen lassend Canaris VersR 1965, 114 (115 Fn. 1); Staudinger-Werner, 11. Aufl. § 276 Anm. 34.
- 5) BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 4 = LM § 164 BGB Nr. 14 = MDR 1959, 187 = VersR 1959, 64.

er die Frachten eingezogen hatte, erfuhr er jedoch von deren Abtretung und mußte sie daher an den Beklagten zurückzahlen.

Der BGH gab dem Verlangen des Klägers auf Schadensersatz in Höhe der noch nicht beglichenen Forderung aus dem rechtlichen Gesichtspunkt statt, daß solche Vertreter persönlich haften, die Vertragsverhandlungen maßgeblich im eigenen Interesse führen und aus dem Geschäftsabschluß persönlichen Nutzen erstreben oder im besonderen Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen beeinflusst haben. Das eigene Interesse des Beklagten sieht der BGH darin, daß diesem an einer reibungslosen Fortsetzung der Reise gelegen sein mußte, um sich aus den ihm abgetretenen Frachten wegen seiner erheblichen Forderungen gegen die Charterin befriedigen zu können. Vertrauen nahm der Beklagte in Anspruch, als er den Kläger zum weitgehenden Verzicht auf seine Vorauszahlungsforderung bewog, indem er Zahlung des Restbetrages durch ihn namens und auf Weisung der Charterin nach Vorlage der Abrechnung in Aussicht stellte.

In einem weiteren Urteil ¹⁾ stellte der BGH bei der Erörterung der persönlichen Haftung eines Geschäftsführers einer G.m.b.H. besonders auf dessen eigenes wirtschaftliches Interesse am Vertrage ab. Der Geschäftsführer hatte namens der G.m.b.H. Verhandlungen geführt und dabei eine Aufklärungspflicht verletzt. Der BGH entnahm das persönliche Interesse des Geschäftsführers einmal dem Umstand, daß dieser als Geschäftsführer einer offenbar wirtschaftlich nicht sehr bedeutenden G.m.b.H. tätig wurde und die vereinbarten vertraglichen Leistungen persönlich einzog, und zum anderen daraus, daß er an der G.m.b.H. maßgeblich beteiligt war und ihm daher ein entsprechender Teil des Jahresgewinnes zustand.

In dem, soweit ersichtlich, letzten vom BGH entschiedenen Fall ging es um die persönliche Haftung einer Architektengemeinschaft ²⁾:

Eine Wohnungsbaugesellschaft (W) errichtete mehrere Wohnblocks. Mit den Architekturarbeiten hatte sie eine Architektengemeinschaft (A), die Beklagte, beauftragt, die ihrerseits den Architekten O zum örtlichen Bauherrn bestellt hatte. Nachdem die Klägerin die von W in Auftrag gegebenen Glaserarbeiten ausgeführt hatte, entstanden nach einiger Zeit an den bereits eingesetzten Scheiben Schäden. Als O von der Klägerin die Auswechslung der Scheiben verlangte und von ihr gefragt wurde, wer die Leistungen bezahlen werde, hatte er geantwortet: "Sie bekommen ihr Geld

1) BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 14 = MDR 1963, 301 = JuS 1963, 411.

2) BGH NJW 1963, 2166; ein ähnlicher Fall lag der Entscheidung des OLG Hamburg JW 1936, 3139 Nr. 21 mit Anm. Eplinius zu Grunde.

schon.“ Die Klägerin verlangt nunmehr die Bezahlung der ausgeführten Reparaturarbeiten von A.

In unserem Zusammenhang interessieren nur die Ausführungen des BGH, die auf der Voraussetzung beruhen, daß zwischen O und der Klägerin weder ein Werkvertrag geschlossen wurde noch in der Äußerung O's ein Garantieverprechen zu sehen ist 1).

Der BGH erblickt in der von O gemachten Äußerung die Verletzung einer Verhandlungspflicht und prüft, ob A aus Verschulden bei Vertragsschluß in Anspruch genommen werden kann. Dies ist nach seiner Ansicht nicht selbstverständlich, da Vertragsbeziehungen nur zwischen W und der Klägerin bestanden und nur zwischen diesen beiden angeknüpft werden sollten. Bei einer solchen Lage hätte für Verschulden bei Vertragsschluß regelmäßig nicht der Vertreter, sondern der Vertretene 2). In Rechtsprechung und Schrifttum sei aber anerkannt, daß auch der Vertreter unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt herangezogen werden könne, wenn er an dem erstrebten rechtlichen Erfolg wirtschaftlich interessiert sei oder wenn ihm ein besonderes Vertrauen entgegengebracht worden sei. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt. A habe nämlich ein eigenes Interesse an der Neuverglasung gehabt, weil sie stellvertretend vom Bauherrn für die entstandenen Schäden verantwortlich gemacht werden konnte. Ferner beanspruche der bauleitende Architekt in der Regel ein besonderes Vertrauen, wenn er mit Handwerkern über die Beseitigung von Mängeln verhandle. Der BGH untersucht weiter, ob O auch Erfüllungsgeld für A ist. Zutreffend verlangt der BGH nicht, daß O zum Abschluß eines bestimmten Geschäfts ausdrücklich bevollmächtigt ist, sondern stellt darauf ab, ob O damit betraut war, in dem Pflichtenkreis seines Geschäftsherrn tätig zu werden. Dieses Erfordernis sieht der BGH als gegeben an, weil O's Auftrag auch Besprechung mit Handwerkern darüber betraf, wie Mängel zu beseitigen seien.

Bemerkenswert an diesem Urteil ist, daß der BGH auch den Vertreter für seinen Erfüllungsgeldanspruch, den die A für den O nach § 278 BGB entstehen läßt. Dabei wird jedoch nicht auf das naheliegende Problem eingegangen, warum die A wegen der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens als Vertreterin der W haftet, obwohl doch zunächst dem O Vertrauen entgegengebracht wurde, als er die Klägerin

- 1) Weil insoweit der Sachverhalt vom Berufungsgericht nicht eindeutig festgestellt war, führte die Revision zur Aufhebung und Zurückweisung.
- 2) BGH a. a. O. S. 2167; vgl. auch BGH LM § 123 Nr. 30: "Schon durch den Eintritt in die Vertragsverhandlungen entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten, zwischen denen ein Vertragsschluß erreicht werden soll."

mit der Zusicherung "Sie bekommen Ihr Geld schon" zur Ausführung der gewünschten Reparaturarbeiten veranlaßt hatte.

Wie ein Blick auf die einzelnen Entscheidungen des BGH zeigt, verwertet dieser bei der Haftungsbeurteilung des Vertreters zwei Gesichtspunkte: Der Vertreter ist selbst an dem Abschluß des Vertrages stark interessiert, er erstrebt aus dem Geschäft persönlichen Nutzen¹⁾, oder er nimmt in besonderem Umfange persönliches Vertrauen in Anspruch. Beide Gesichtspunkte können nach Ansicht des BGH zwar jeder für sich die persönliche Haftung des Vertreters begründen. Meist prüft er aber beide zusammen und stützt sich dabei doch wohl mehr auf das eigene wirtschaftliche Interesse des Vertreters. Im folgenden soll daher zunächst untersucht werden, ob letzteres zur Begründung einer persönlichen Haftung des Vertreters ausreicht.

b) Das wirtschaftliche Interesse des Vertreters am erstrebten Vertragsschluß als unzureichendes Kriterium für eine Haftung

Während die Kommentare die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zustimmend oder zumindest ohne Widerspruch anführen²⁾, ist in der Lehre vor allem Ballerstedt dieser Rechtsprechung entgegengetreten, weil er das Kriterium der "wirtschaftlichen Beteiligung" des Vertreters für nicht recht überzeugend hält³⁾. Zur Begründung seiner ablehnenden Ansicht begründet er sich allerdings mit der Bemerkung, daß "wirtschaftlich interessierter Vertreter doch auch sei, wer ein erfolgsabhängiges Honorar zu erwarten hat"⁴⁾. Damit will er wohl andeuten, daß sich bei folgerichtiger Anwendung des von der Rechtsprechung herausgestellten Gesichtspunktes fast stets eine persönliche Haftung des Vertreters begründen läßt. Schließlich ist nahezu jedem Vertreter, wenn er nicht gerade gefälligkeitshalber tätig wird, mehr oder minder auch aus eigenem Interesse daran gelegen, für seinen Geschäftsherrn möglichst günstige Bedingungen auszuhandeln und einen vorteilhaften Vertrag zu schließen.

Will man demnach nicht jeden Vertreter wegen seines möglicherweise geringen eigenen Interesses haften lassen, müßte man als Voraussetzung für eine Einstands-

1) Auf diese Rechtsprechung des BGH beruht auch die Entscheidung des OLG Celle BB 1961, 1142.

2) Vgl. Warneyer § 276 Anm. V; Soergel-Lindemeier, 8. Aufl., § 164 Anm. 5b; Schlegelberger-Vogels § 164 Anm. 25; BGB-RGRK-Kuhn § 164 Anm. 4; BGB-RGRK-Nastelski § 276 Anm. 91; Erman-Croeppe § 276 Anm. 80; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 781.

3) Ballerstedt AcP 151, 501 (502); ders. FamRZ 1955, 200 (202).

4) Ballerstedt AcP 151, 501 (524).

pflieht ein besonders starkes und ausgeprägtes wirtschaftliches Interesse fordern. Ein solches lag zwar in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen meist vor. Indessen lassen sich aus diesen Entscheidungen keine Merkmale entnehmen, nach denen der Kreis der Vertreter, die persönlich haften sollen, einigermaßen sicher eingegrenzt werden kann. Hat doch die Rechtsprechung ein wirtschaftliches Interesse des Vertreters nicht nur angenommen, wenn ihm im Innenverhältnis zum Vertretenen die gesamten Folgen des Geschäfts treffen sollen¹⁾, sondern bereits dann, wenn der Vertreter Regrean Ansprüche seines Auftraggebers befürchten muß²⁾ oder auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung eine enge wirtschaftliche Verbindung zwischen Vertreter und Vertretenem besteht³⁾. Aber auch wenn man den Begriff des wirtschaftlichen Interesses so einengt, daß nur die Fälle erfaßt werden, in denen der Vertreter im Endergebnis Nutzen und Lasten des von ihm angestrebten Geschäftsabschlusses trägt, ist es zweifelhaft, ob sich aus diesem Aspekt eine Haftung des Vertreters herleiten läßt, mag sie auch billig und wünschenswert erscheinen.

Das Recht kann zwar, um gerechte und lebensnahe Ergebnisse zu erzielen, die wirtschaftlichen Interessenlagen nicht außer Acht lassen⁴⁾. Dieses Bestreben hat jedoch nicht dazu geführt, daß im rechtsgeschäftlichen Bereich die Parteistellung sich nach wirtschaftlichen Interessen richtet. Maßgebend ist vielmehr die formale Rechtsstellung⁵⁾. Insbesondere ein Blick auf die Institute der mittelbaren und

- 1) Vgl. RG 120, 249; RG HRR 1935 Nr. 179; hierzu zu rechnen ist wohl auch noch BGH LM § 276 (Fa) BGB Nr. 14.
- 2) Vgl. BGH NJW 1963, 2166.
- 3) Vgl. BGH 14, 313; vgl. auch OLG Hamburg JW 1936, 3139 Nr. 21, das das wirtschaftliche Interesse eines Architekten mit seinem Streben nach eigenem Verdienst und mit seinem Ansehen bei den Geldgebern begründet hat.
- 4) Von Bedeutung ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise für die Auslegung, Analogie und Rechtsfortbildung (vgl. Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, S. 229 ff; Reinicke NJW 1951, 681). Vgl. auch BGH NJW 1952, 337 und RG 133, 290 (292): "Das Entscheidende ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise." Vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 313/314, der davor warnt, "eine angeblich wirtschaftliche Betrachtungsweise der angeblich rechtlichen entgegenzusetzen" Vgl. auch noch Kolb, Der Begriff der "Natur der Sache" in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Diss. Würzburg 1963.
- 5) Etwas anderes gilt im Steuerrecht. Die Gleichmäßigkeit der Besteuerung fordert, das wirtschaftlich Gleiche mit der gleichen Steuer zu belegen (Becker-Riewald-Koch § 1 StAnpG Anm. 2, b (3)). Diesem Zweck dient die wirtschaftliche Betrachtungsweise (vgl. § 1 Abs. II StAnpG). Mit ihr wird das Ziel verfolgt, den "wirtschaftlichen für das Steuerwesen in Betracht kom-

offenen Stellvertretung zeigt, daß im BGB ein Satz des Inhalts, materieller (wirtschaftlicher) und formeller (juristischer) Rechtsträger müßten identisch sein, nicht gilt.

Mittelbare Stellvertretung ist gerade dann gegeben, wenn jemand zwar im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung eines anderen ein Rechtsgeschäft vornimmt. Obwohl hier der "Vertretene" wirtschaftlich gesehen der wirkliche Geschäftsherr ist, wird nach ganz herrschender Meinung allein der Mittler aus dem von ihm abgeschlossenen Geschäft berechtigt und verpflichtet ¹⁾. Auch beim Geschäftsabschluß durch einen Strohmann, einem Fall der mittelbaren Stellvertretung, entstehen nur Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsgegner und Strohmann, nicht mit dem Hintermann ²⁾. Lediglich im Innenverhältnis muß der wirkliche Geschäftsherr den Mittler von seinen eingegangenen Verpflichtungen freistellen und hat dafür einen Anspruch darauf, daß dieser ihm erworbene Rechte überträgt. Allerdings haben Wissenschaft und Rechtsprechung einige Sonderinstitute wie die Vorausabtretung, das antizipierte Besitzkonstitut, das Geschäft wen es angeht und die Schadensliquidation im Drittinteresse geschaffen, um der besonderen Interessenlage bei der mittelbaren Stellvertretung gerecht zu werden und "sachlich unangemessene Ergebnisse" ³⁾ zu vermeiden.

Auch bei der offenen Stellvertretung wird der mit Vollmacht im fremden Namen handelnde Vertreter nicht Vertragspartei, selbst wenn er wirtschaftlich in eigener Sache tätig ist. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß "die zur Förderung der eigenen Interessen des Bevollmächtigten eingeräumte Vollmacht ... im Gegensatz zur Vollmacht im Interesse des Machtgebers in ihrem Interessengehalt der Stellung eines bereits Berechtigten nahekomm[t]" ⁴⁾. Die Stellvertretung ist jedoch

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 83

menden wahren Kern der Vorgänge zu erkennen und formaljuristisches Denken zu unterbinden" (Hübschmann, Festschrift für Spitaler, S. 109 (112, 114)). So kommt es z. B. für die Frage, wer steuerlich als Unternehmer anzusehen ist, nicht auf die bürgerlich-rechtliche Gestaltung der Rechtsverhältnisse an, sondern darauf, wer wirtschaftlich das Risiko des Unternehmens trägt und bei wem die Erträge tatsächlich verbleiben (BFH StRK § 6 StAnpG Nr. 46).

- 1) Lange, AT, § 46 VIII; Lehmann, AT, § 36 I 1 c; Enneccerus-Nipperdey § 179 I; Siebert-Schultze v. Lasaulx Bem. 13 vor § 164; Staudinger-Coing Vorbem. 39 vor § 164; BGH Betrieb 1958, 1359; a. A. lediglich Müller-Erbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, S. 28 ff; Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 379/380.
- 2) Siebert-Schultze v. Lasaulx Bem. 16 vor § 164; Lehmann, AT, § 34 II 2c; Enneccerus-Nipperdey § 179 IV; RG 69, 44 (47); RG 84, 304 (305).
- 3) Staudinger-Coing Vorbem. 40 vor § 164.
- 4) Müller-Freienfels S. 10.

nicht mit Interessenwahrung für den Vertretenen verknüpft. Aus dem Prinzip der Abstraktheit der Vollmacht folgt vielmehr, daß der Vertreter aus dem Vertretenen und nicht sich selbst berechtigt und verpflichtet, gleichgültig, ob er im eigenen Interesse oder im Interesse des Vollmachtgebers oder eines Dritten handelt¹⁾. Zurechtend hat vor allem Lent²⁾ deutlich darauf hingewiesen, daß die Interessenwahrung nicht eine Frage der Vollmacht, sondern des ihr zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsverhältnisses ist.

Mittelbare und offene Stellvertretung haben also gemeinsam, daß wirtschaftliche Hintergründe bei der Beantwortung der Frage, ob Vertreter oder Vertreter aus dem vom letzteren abgeschlossenen Vertrag verpflichtet wird, belanglos sind. Vielmehr kommt es nur darauf an, ob der Vertreter im eigenen oder fremden Namen handelt.

Aus dieser Erkenntnis lehnt Hildebrandt³⁾ die Haftung des procurator in rem suam⁴⁾ aus c.i.c. mit einem argumentum a maiore ab: "Ist nämlich der "procurator in rem suam" nicht einmal aus dem abgeschlossenen Vertrag verpflichtet (§ 114 II 1), so kann er es aus dem Vorvertrag vorbereitenden Verhandlungen beziehung erst recht nicht sein."

Gegen diese Folgerung wird jedoch eingewandt, daß der vorvertragliche Rechtsverhältnis unabhängig vom einem in folgendem Vertrag vereinbarten und die Verhandlungen gar nicht zu einem Vertrag zu führen brauchen⁵⁾.

In der Tat ist ein argumentum a maiore nicht zulässig, da das Verhandlungsverhältnis gegenüber dem Vertrag nicht ein minus, sondern ein aliud darstellt. Im Ergebnis ist jedoch Hildebrandt Recht zu geben. Da die Stellvertretungsregeln auf die Verhandlungsaufnahme anwendbar sind, ist es folgerichtig, ebenso wie beim Vertrage auch beim Verhandlungsverhältnis für die Frage der Verpflichtung

1) Enneccerus-Nipperdey § 178 II 2 S. 1091 Fn. 15; Jäger-Lent Vorbem. XI bis XIV zu §§ 6-9 KO; Siber, Festschrift für Wach, S. 79; v. Thur, AT II 2, S. 336, 422; Planck-Flad § 167 Anm. 1; Westermann, SaR, S. 560; Staudinger-Coing § 164 Anm. 9; Hupka S. 410; Bettermann S. 49; RG 71, 219 (221); vgl. auch Ballerstedt AcP 151, 5016513 ff, 516).

2) Jäger-Lent Vorbem. XIV 1 zu §§ 6-9 KO.

3) Hildebrandt S. 299.

4) Procurator in rem suam ist ein Vertreter, der lediglich im eigenen Interesse handelt (vgl. Enneccerus-Nipperdey § 178 II 2, S. 1091 Fn. 15). Im römischen Recht hatte das Institut des procurator bzw. des mandatum in rem suam allerdings eine ganz andere Bedeutung (vgl. Jörs-Kunkel § 127, 1; Kaser § 153 I).

5) Müller S. 61; Steffen S. 60.

ungswirkung lediglich darauf abzustellen, ob der Vertreter die Verhandlungen im eigenen oder fremden Namen aufnimmt und führt. Abzulehnen ist daher die Ansicht Coings ¹⁾, der den Vertreter, der wirtschaftlich der eigentlich Beteiligte ist, wegen der formalen Natur seiner Vertreterstellung an Stelle des Geschäftsherrn haften läßt, obwohl er die §§ 164 ff BGB auf die Begründung des vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses für anwendbar hält. Vielmehr muß es ohne Bedeutung bleiben, in wessen Interesse der Vertreter handelt, vor allem, wenn der Geschäftsgegner die wirtschaftlichen Hintergründe nicht kennt ²⁾. Im übrigen erscheint es bedenklich, daß der Dritte aus dem ihm erst später offenbar gewordenen Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem die sich für ihn daraus zufällig ergebenden Vorteile geltend machen darf und damit das Innenverhältnis für das Außenverhältnis entscheidend wird.

c. Das besondere Vertrauen zum Vertreter als unbrauchbares Abgrenzungsmerkmal für eine Haftung

Nicht nur bei eigenem wirtschaftlichen Interesse des Vertreters hält der BGH dessen persönliche Haftung aus dem Bereich für ungebracht, sondern auch dann, wenn er in besonderem Umfang persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat. Diese Formulierung verwendet der BGH unter Hinweis auf die Lehre Ballerstedts. Ballerstedt verlangt für eine persönliche Haftung des Vertreters, daß dieser eine Vertrauenswerbung für sich persönlich entfaltet und aus der Rolle des bloßen Erfüllungsdieners heraustritt. Ein Fall solcher Art liegt nach seiner Meinung dann vor, wenn ein Anwalt unter Berufung auf seine Eigenschaft als Sachkenner seiner Stellungnahme einen besonderen Nachdruck verleiht und so das Verhandlungsverhalten des Dritten bestimmt ³⁾. Ähnliche Umstände, die auf die Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens durch den Vertreter schließen lassen, hat der BGH in seinen Entscheidungsgründen nur selten deutlich herausgestellt, sondern sich meist mit der allgemeinen Feststellung, ein besonderes Vertrauen läge vor, begnügt ⁴⁾. Ohne eigene Stellungnahme hat auch der größte Teil der Literatur das Schlagwort von der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens übernommen ⁵⁾.

1) Staudinger-Coing § 164 Anm. 17 c.

2) Ebenso Ballerstedt FamRZ 1955, 200 (202).

3) Ballerstedt AcP 151, 501 (521).

4) Auf Befremden stößt diese Feststellung vor allem in der Entscheidung BGH 14, 313, da der seine Frau vertretende Ehemann schuldlos gehandelt hat (kritisch auch Ballerstedt FamRZ 1955, 200 (202) und Reimicke NW 1955, 533).

5) Vgl. Staudinger-Coing § 164 Anm. 17c; Staudinger-Werner, II, Aufl.

Lediglich Nipperdey ¹⁾ und Flume ²⁾ führen eine Begründung an, die der Ballerstedts ähnelt.

Nach Nipperdeys Ansicht haftet der Vertreter, wenn er berufs- oder gewerbsmäßig die Vertretung Dritter betreibt und der Geschäftspartner ihm auf Grund seiner Berufserfahrung ein besonderes Vertrauen entgegenbringt oder wenn er seinen Geschäftspartner unter Berufung auf die eigene Sachkenntnis durch besondere Angaben zur Vornahme des Rechtsgeschäfts bewogen hat. Der Unterschied zwischen diesen beiden Fällen besteht nach Nipperdey darin, daß einmal das Verhältnis zwischen Vertreter und Drittem durch die allgemeine Lebensstellung des Vertreters begründet wird, das andere Mal sich aus dessen konkretem Handeln ergibt. Die persönliche Haftung des Vertreters sei hier gerechtfertigt, weil er über seine Vertreterstellung hinausgegangen sei und sich stets Treu und Glauben entsprechend zu verhalten habe und, wenn er entgegen verstoße, für die Folgen einstehen müsse, gleichgültig, ob er für sich selbst oder einen Dritten handle.

Auch Flume ist der Meinung, der Vertreter hafte für c.i.c., "wenn er bei den Vertragsverhandlungen erkennbar für den Geschäftsgegner für sich - und nicht für den Vertretenen - schuldhaft unrichtige Angaben macht" ³⁾. Hier gehe es aber darum, daß "der Vertreter gerade nicht als solcher, sondern als Eigenperson handelt, so daß auch seine Eigenhaftung geboten ist".

Es erscheint jedoch, problematisch, die Haftung eines Vertreters, der unter Berufung auf die eigene Sachkunde dem Geschäftsgegner schuldhaft etwas Unrichtiges versichert, damit zu begründen, der Vertreter gehe in solchen Fällen über seine Vertreterstellung hinaus und handle damit als Eigenperson.

Hat ein Vertreter den Auftrag erhalten, über den Abschluß eines Vertrages zu verhandeln, so bleibt er innerhalb der erteilten Verhandlungsvollmacht, auch wenn er ohne Wissen seines Geschäftsherrn schuldhaft unrichtige Angaben macht, selbst für den Fall, daß er unter Hinweis auf persönliches Fachwissen ihnen eine besondere Glaubwürdigkeit verleiht. Da es Sinn und Zweck der Vertragsverhandlungen ist, alle für den Vertragsschluß in Betracht kommenden Umstände zu kla-

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 86

§ 276 Anm. 34; BGB-RGRK-Kuhn § 164 Anm. 4; BGB-RGRK-Nastelski § 276 Anm. 91; Siebert-Schultze v. Lasaulx § 164 Bem. 4; Siebert-Reimer Schmidt Bem. 16 vor § 275; HGB-RGRK - v. Godin § 346 Anm. 20; Müller-Freienfels S. 420 Fn. 26.

- 1) Enneccerus-Nipperdey § 182 II 3a und b, S. 1119 Fn. 23/1120.
- 2) Flume, AT, § 46, 5, S. 796/797.
- 3) Vgl. auch Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 6b: "Der Gehilfe ... schuldet dem Gegner ... Treue, soweit er dessen Vertrauen für sich in Anspruch nimmt".

ren, liegt es auch im Aufgabenbereich des zur Verhandlungsführung bestellten Vertreters, entsprechende Erklärungen abzugeben. Hat der Geschäftsherr einem Rechtsanwalt oder einem fachlich geschulten Verkäufer seines Unternehmens Verhandlungsvollmacht erteilt, so hat er dies gerade auch in der Absicht getan, daß diese ihr Fachwissen bei den Verhandlungen verwenden. Selbst wenn der Geschäftsherr seine Vertreter anweist, sich korrekt zu verhalten, und diese dennoch arglistig handeln, überschreiten sie ihre Verhandlungsvollmacht nicht ¹⁾. Ebenso kommen Rechtsprechung und Lehre in dem vergleichbaren Fall, daß der Vertreter eines Verkäufers dem Käufer arglistig Fehler des Kaufgegenstandes verschweigt, zu dem Ergebnis, daß das arglistige Verhalten des Vertreters in Ausübung der ihm erteilten Vollmacht und nicht bei Gelegenheit erfolgt ist, wenn nur der Abschluß des Kaufvertrages, auf den sich das arglistige Verhalten bezieht, innerhalb der Vertretungsmacht liegt ²⁾.

Darüberhinaus wurde eine folgerichtige Durchführung der Ansichten Flumes und Nipperdeys zu unerwünschten Ergebnissen führen. Handelt der Vertreter nicht mehr als solcher, sondern als Eigenperson, mußte eine Haftung des Vertretenen ausgeschlossen sein. Dies hatte jedoch zur Folge, daß ein geschädigter Kunde, der mit fachlich geschulten Angestellten eines Unternehmens, die doch auch Versicherungen unter Berufung auf ihre eigene Sachkunde abgeben können, verhandelt hat, möglicherweise gegen diese seine Schadensersatzansprüche nicht durchzusetzen vermag und ihm ein Zugriff auf den wirtschaftlich stärkeren Geschäftsherrn versagt ist.

Aber es erscheint nicht nur bedenklich, den Vertreter, der besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt, als handelnde Eigenperson anzusehen, sondern überhaupt zweifelhaft, ob das besondere Vertrauen zum Vertreter ein brauchbares Abgrenzungsmerkmal für dessen Haftung aus c. i. c. darstellt.

Wie bereits häufiger betont, besteht die vorvertragliche Vertrauenslage stets zwischen Vertreter und Drittem ³⁾, da dieser natürlicherweise sein Vertrauen in die Redlichkeit der handelnden Person, also des Vertreters, setzt. Der Vertreter ist nicht nur dann "Gegenstand" ⁴⁾ des Vertrauens, wenn er sich auf seine besondere

1) Für einen Fall, in dem ein Vertreter sogar für arglistige Handlungen seines Vertreters, die dieser bei Gelegenheit der Vertragsverhandlungen begangen hat, vgl. RG Recht 1912 Nr. 1132.

2) RG 83, 241 (244); Palandt-Gramm § 463 Anm. 3; Siebert-Ballerstedt § 463 Bem. 15; Staudinger-Ostler § 463 Anm. 16; BGB-RGRK-Kuhn § 463 Anm. 9.

3) Vgl. oben S. 47/48.

4) So aber Siebert-Reimer Schmidt Bem. 17 vor § 275.

Nicht, da der Handelssmann, der Verkäufer oder Dritte vertreten, sondern es gilt stets das Vertrauen des Verhandlungsgegners, weil er nicht nur in jenen Ausnahmefällen, sondern grundsätzlich faktisch im Vordergrund steht¹⁾. Es genügt also nicht, um zu einer Haftung zu gelangen, festzustellen, daß der Vertreter nur sich Vertrauen zu Ansprachen nimmt. Vielmehr wäre es notwendig, das besondere Vertrauen vom allgemeinen Verhandlungsvertrauen abzugrenzen. Als Maßstäbe kämen in Betracht die Schwere des Vertrauensverstoßes, die Bedeutung des im Aussicht genommenen Vertrages, die Höhe des entstandenen Schadens oder die besonderen Beziehungen der Parteien in Betracht. Diese Umstände sind jedoch so allgemeiner Art, daß der Haftungstatbestand, nämlich die Inanspruchnahme des anderen Vertrahenden, nicht genügend sicher bestimmt werden kann. Aber selbst wenn man an dem von Savigny und Nipperdey angeführten Beispiel des Vertreters, der sich auf die eigene Sachkunde beruft, auf die eigene Fachkenntnis eines Sachverständigen oder der Wissenschaftsprüfer oder Berater berufen, so muß man sich fragen, ob es nicht auch für einen fahrlässigen Verstoß gegen die Pflicht des fachlich geschulten Verkäufers bei der Beratung des Kunden. Sicherlich wollten aber Ballerstedt und Nipperdey nur in den ersteren Fällen eine Haftung des Vertreters.

2. Uneingeschränkte Haftung des Vertreters

Da die Unterscheidung zwischen allgemeinem und besonderem Vertrauen auf Schwierigkeiten stößt, erscheint es schon folgerichtiger, den Vertreter stets für c.i.c. haften zu lassen. Dieser Gedanke wurde auch bereits vereinzelt in der Literatur erörtert.

Als erster ist Ihering auf die Frage, wer im Falle einer Stellvertretung haftet, eingegangen²⁾. Die Antwort hängt seiner Ansicht nach davon ab, welche rechtliche Stellung dem Vertreter zukommt, und diese in der gemeinrechtlichen Literatur bestrittene Frage, ob der Vertretene oder der Vertreter als der rechtsgeschäftlich Handelnde anzusehen ist³⁾, wollte er in seiner Abhandlung über die c.i.c. nicht entscheiden. Bei Zugrundelegung der Repräsentationstheorie, der er sich an der Stelle, wo er die c.i.c. erörtert, angeschlossen hat, mußte er die c.i.c. auf den Vertretene

1) A. A. Siebert-Reimer Schmidt Bem. 16 vor § 275.

2) Ihering in IherJb 4, 1 (53-55); zu diesem Aufsatz vgl. auch oben S. 11/12.

3) Vgl. die übersichtliche Zusammenstellung der damals vertretenen Stellvertretungstheorien bei Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 84 ff und Windscheid-Kipp, 1. Bd., 9. Aufl., § 73, S. 352 Fn. 16b.

4) Ihering, Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 1. Abt., § 53 II 3, S. 173.

Haftung des Vertreters gegeben, weil dieser "selbst contrahirt", während nach der Geschäftsherrntheorie der Vertretene als der eigentliche "Contrahent" haften muß.

Diese Anregung, die Frage nach der Haftung des Vertretenen bzw. des Vertreters aus dem Wesen der Stellvertretung zu lösen, hat Mitteis¹⁾ aufgegriffen. Er vertritt die Auffassung, daß sowohl Vertretener als auch Vertreter "beide juristisch wahrhaft handeln und beide Erzeuger des Rechtsgeschäfts sind"²⁾. Daraus folgert er, daß der Vertreter ebenso wie auch der Bote, der die Vermittlung des Rechtsgeschäfts besorgt hat, dem Dritten, dessen Vertrauen geschützt werden müsse³⁾, verantwortlich sei. Wenn er damit zu dem für ihn "eigentlichen Resultat" gelangt, daß der Vertretene aus dem Vertrag auf Erfüllung, der Vertreter für c.i.c. auf Schadensersatz verklagt werden kann⁴⁾, kommt er im Endergebnis zu der Ansicht, die Haftung des Vertreters sei durch ein "pactum ne culpa praestetur (a procuratore)" stillschweigend ausgeschlossen⁵⁾.

Nur viel später hat Raiser⁶⁾ wieder erwogen, die Frage der persönlichen Haftung des Vertreters aus der Repräsentationstheorie zu entwickeln. "Zur Eigenart gewisser contrahentischer Pflichten, insbesondere der bei Abgabe einer Willenserklärung zu beobachtenden Diligenspflichten" gehört es nach seiner Meinung, daß sie "lediglich in der Person des Kontrahenten, d.h. des Vertreters, entstehen; denn die Wahrung der gegnerischen Interessen z.B. durch die Bemühung, den Geschäftswillen so zum Ausdruck zu bringen, daß der objektive Sinn des Erklärungsinhalts mit ihm übereinstimme, also durch Willensmangelfreiheit und Unmißverständlichkeit der Erklärung, kann nur Pflicht des Erklärenden sein, nicht dessen, für und gegen den die Erklärung wirkt." In diesen Fällen, insbesondere auch im Fall des § 122 BGB, erscheint es Raiser gerechtfertigt, den Vertreter auf das Vertrauensinteresse haften zu lassen und den Vertretenen aus dem Gesichtspunkt der Gefahrenverteilung gemäß § 278 BGB mithaften zu lassen. In Bezug auf die sonstigen Aufklärungs- und Anzeigepflichten vertritt er allerdings die Ansicht, daß sie nur die zukünftige Vertragspartei treffen.

Den Gedankengang Raisers hat Mühlich⁷⁾ aufgegriffen und weitergeführt. Seiner

1) Mitteis S. 156 ff., 162/163.

2) Mitteis S. 110; sog. Vermittlungstheorie, vgl. Lehmann, AT, § 36 I 4c.

3) Mitteis S. 161.

4) Mitteis S. 161.

5) Mitteis S. 163.

6) Raiser JW 1928, 2636/2637.

7) Mühlich S. 41/42.

Ansicht nach ist der Vertreter Schuldner aller vorvertraglichen Pflichten. Dies folge aus dem Wesen der Vertragsverhandlungen. Tatsächlich handelnde und erklärende Person sei der Vertreter. Hinter seinem Einfluß stehe der Vertretene bei den Vertragsverhandlungen zurück. Am Vertreter liege es auch, bei von Verschulden zu handeln, sich klar auszudrücken, den Gegner gehörig aufzuklären und auch sonst dessen erkennbar schutzwürdige Interessen zu wahren.

Gelangten die eben genannten Autoren allein durch die Betrachtung der Stellung des Vertreters zu dessen persönlicher Haftung, so bietet gerade auch die Erkenntnis, daß stets zwischen Vertreter und Drittem die vorvertragliche Vertrauenslage besteht, Anlaß, an eine Haftung des Vertreters zu denken. Für den Dritten ist es am günstigsten, wenn er sich nicht nur an den Vertretenen, sondern auch an den Vertreter halten kann. Die unbedingte Einstandspflicht würde auch für den Vertreter keine ungerechtfertigte Schlechterstellung darstellen. Regelmäßig hat er sowieso im Falle einer von ihm begangenen Pflichtverletzung den Schaden allein zu tragen, da er meist auf Grund eines Auftrages, Dienst- oder Dienstbesorgungsvertrages tätig wird und er daher mit der Pflichtverletzung zugleich eine Vertragsverletzung gegenüber dem Vertretenen begeht 1).

Eine unumgekehrte Haftung des Verhandlungsgehilfen erscheint für das Rechtsgesühl jedoch zu weitgehend. Wenn auch der Dritte dem Vertreter sein Verhandlungsvertrauen entgegenbringt, so geht der Verkehr doch davon aus, daß für durch Angestellte begangene Pflichtverletzungen nach außen hin nur der Geschäftsherr die Verantwortung trägt. Wenn das zum Vertreter geraute Vertrauen gerade auch diesen persönlich verpflichtet, hängt davon ab, ob insoweit das Vertrauen von der Verkehrsauffassung und damit auch vom Recht als schutzwürdig angesehen wird. Es ist daher notwendig, Umstände herauszufinden, bei deren Vorliegen der Verkehr erwartet, daß der Vertreter auch persönlich für vorvertragliches Verschulden einstelt. Rechtsprechung und Lehre haben Voraussetzungen dieser Art in der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens und der eigenen wirtschaftlichen Interessiertheit am erstrebten Vertragschluß gesehen. Die sich auf diese Gesichtspunkte stützende Begründung einer persönlichen Haftung vermag jedoch, wie dargelegt, nicht recht zu überzeugen.

-
- 1) Im Prinzip gilt auch für den gesetzlichen Vertreter nichts anderes. Eine Ausnahme bildet lediglich das Eltern-Kind-Verhältnis, da hier der Haftungsmaßstab auf eigenübliche Sorgfalt beschränkt ist (vgl. § 1664 BGB).

3. Die Bedeutung der Innehabung eines eigenen Geschäftskreises für die Haftung des Vertreters aus c.i.c.

a) Die Haftung des Verhandlungsbevollmächtigten

Zu erwägen ist aber, ob nicht das Merkmal der Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis, mit dem Larenz die Haftung aus Verschulden bei Vertragschluß gegenüber der Haftung aus sozialem Kontakt abgegrenzt hat ¹⁾, auch zur Einschränkung der persönlichen Haftung des Vertreters verwendet werden kann. Das Bedürfnis des Rechtsverkehrs, dem Geschäftsherrn eine Verantwortlichkeit für seinen Geschäftsbereich aufzuerlegen, ist bereits in verschiedener Hinsicht vom Recht beachtet worden.

Wie bereits dargelegt ²⁾, liegt dieser Gedanke der Bestimmung des § 278 BGB zugrunde. Der Geschäftsherr darf nicht nur die Vorteile, die sich für ihn bei der Verwendung von Hilfspersonen aus der Arbeitsteilung und der damit verbundenen Erweiterung des Geschäftskreises ergeben, genießen, sondern er muß auch die damit verbundenen Nachteile als Betriebsrisiko tragen. Auf ähnlichen Überlegungen beruht auch die angestrebte Neufassung des § 831 BGB, nach der wie in § 278 BGB der Geschäftsherr für das Verschulden seiner Verrichtungsgehilfen ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises einzustehen hat ³⁾. In diesem Zusammenhang ist auch die bei "schadensgenerierter Arbeit" gegebene Einschränkung der Haftung des Arbeitnehmers zu sehen, die praktisch auf eine Haftung des Arbeitgebers hinausläuft ⁴⁾. Sie ist deshalb gerechtfertigt, weil dem Unternehmer nicht nur die Vorteile des Geschäfts zugute kommen sollen, sondern er auch das Risiko, das in der von ihm veranlaßten und für seine Rechnung ausgeführten Arbeit liegt, tragen muß und mit ihm nicht den meist vermögenslosen Arbeit-

1) Vgl. oben S. 30 ff.

2) Vgl. oben S. 33 f.

3) Daher erscheint der Vorschlag von Larenz, SR II, § 67 VI, S. 447/448 folgerichtig, den Entlastungsbeweis des § 831 BGB nur für Groß- und Mittelbetriebe, nicht dagegen "für den Haushalt und den im wesentlichen nur mit Familienangehörigen arbeitenden Kleinbetrieb" abzuschaffen (vgl. auch Ballerstedt AcP 151, 501 (512 Fn. 30)). Im Hinblick auf eine einfachere Anwendung der Vorschrift stellt jedoch § 831 in der Neufassung des Referentenentwurfs nicht darauf ab, ob der Gehilfe von einem Geschäftsinhaber zur Verrichtung bestellt worden ist. Baur, Karlsruher Forum 1962, 14 (16) sieht daher in dem § 831 i.F. einen Ausdruck der Haftung für den "eigenen Lebensbereich".

4) Rother S. 255 Fn. 1 m.w.Nachw.

nehmer belasten darf 1).

Äußert sich in diesen Fällen die Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis vornehmlich darin, daß der Geschäftsherr die mit der Verwendung von Hilfspersonen verbundenen Gefahren und Nachteile zu tragen hat, so erschöpft sich hierin jedoch nicht die Bedeutung jenes Grundsatzes. Er beinhaltet darüber hinaus ganz allgemein, daß der Inhaber eines Geschäftskreises, innerhalb dessen Umfang für seine Handlungen Dritten gegenüber verantwortlich ist.

Es soll sich eine Entscheidung des BGH 2) erklären. In der dieser trotz Vorliegen einer Gefälligkeitshandlung aus den Umständen, in denen für einen Vertrag erforderlichen Geschäftswillen geschäftswillig mit dem anderen Vertragspartner von Schutzpflichten § 278 BGB anwenden zu können. Unrichtig ist freilich die Ansicht des BGH, ein rechtlicher Bindungswille könne aus den besonderen Umständen wie dem "Wert einer anvertrauten Sache", der "wirtschaftlichen Bedeutung einer Angelegenheit" und "dem besonderen Interesse des gegünstigten" hergeleitet werden 4).

Es geht vielmehr hier darum, daß die von einem Kaufmann bei Ausübung seiner Tätigkeit vorgenommenen Handlungen regelmäßig geschäftlicher Natur sind und er somit für ihre sorgfältige Ausführung verantwortlich ist. Zuzustimmen ist deshalb der Feststellung des BGH, daß "dort, wo die Gefälligkeitshandlung einem Vertrauensverhältnis entspringt und einen Gegenstand wirtschaftlicher und geschäftlicher Bedeutung betrifft, insbesondere, wenn eine gewisse geschäftliche Verbundenheit der Parteien besteht, die Wahrung der erforderlichen Sorgfalt verlangt werden muß" 5).

Ähnliches meint auch Flume 6), wenn er es für einen "Rechtssatz" hält, daß "ein Kaufmann bei seiner geschäftlichen Tätigkeit, auch wenn es sich nicht um ein Rechtsgeschäft handelt, demjenigen, dem gegenüber er in seinen Geschäften tätig wird, zur Sorgfalt verpflichtet ist".

- 1) So Larenz, SR II, § 48 II d, m.w.Nachw. über die von Rspr. und Lehre vertretenen Begründungen; vgl. auch neuerdings Rother S. 251 ff.
- 2) Vgl. auch Wilburg S. 193, nach dessen Ansicht der Begriff des Geschäftsherrn dazu dient, "den Träger der Verantwortlichkeit aus der natürlichen Gestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu gewinnen".
- 3) BGH 21, 102 ff.; vgl. auch oben zu dieser Entscheidung S. 34 f.; vgl. auch BGH VRS 20 Nr. 95, S. 251 (252).
- 4) Vgl. BGH 21, 102 (107); ablehnend Rother S. 182 Fn. 1; Flume, AT, § 7, 7; Enneccerus-Nipperdey § 145 II A 1b, S. 898 Fn. 12.
- 5) BGH J.a.O. S. 110.
- 6) Flume, AT, § 7, 7, S. 92.

Dieser Grundsatz muß aber auch gelten, wenn die geschäftliche Tätigkeit darin besteht, im Namen Dritter Verhandlungen zu führen. Als Beweis mag § 98 HGB dienen. Nach dieser Bestimmung haftet der Handelsmakler jeder der Parteien, zwischen denen er den Abschluß eines Vertrages vermittelt, für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden; dabei ist ihm auch das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen zuzurechnen¹⁾. Als Pflicht im Sinne des § 98 HGB obliegt dem Makler auch, "ihm bekannte Umstände, die für die Willensentschließung von Bedeutung sein können, zur Kenntnis der beteiligten Vertragspartei zu bringen"²⁾. Da diese Pflicht einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht gleichzusetzen ist, umfaßt die Haftung nach § 98 HGB auch eine solche aus c.i.c.. Bemerkenswert ist, daß gemäß § 98 HGB auch der einseitig beauftragte oder bezahlte Makler beiden Parteien haftet, selbst wenn die Gegenseite ebenfalls einen Makler hat³⁾. Die Bestimmung des § 98 HGB muß nämlich, wie das OLG Hamburg ausgeführt hat, gerade auch hier anwendbar sein, weil diese Vorschrift dem Bedürfnis des Geschäftsverkehrs nach Sicherheit und Vertrauen Rechnung trägt und berücksichtigt, daß der Makler zu der Gegenpartei zwar nicht in vertraglichen, aber immerhin schon vertragsähnlichen⁴⁾ Beziehungen steht. Daher haftet auch der nur von einer Seite beauftragte Makler der Gegenseite für c.i.c.⁵⁾.

Die Verpflichtung des Maklers, das Vertrauen auch solcher Personen, mit denen er nicht in vertraglichen, sondern lediglich geschäftlichen Beziehungen steht, nicht enttäuschen zu dürfen, ist damit zu erklären, daß er als selbständiger und für seinen Geschäftskreis verantwortlicher Kaufmann auftritt⁶⁾. Gerade am Beispiel des Maklers zeigt sich, daß der Gesichtspunkt der Innehabung eines eigenen Geschäftskreises ein geeignetes Abgrenzungsmerkmal für die Haftung des Verhandlungsvertreters aus c.i.c. ist. Von jenem Grundsatz wird nämlich nicht nur die Einstandspflicht des Geschäftskreisinhabers für Risiken, die mit der Verwendung von Hilfspersonen verbunden sind, getragen, sondern aus ihm folgt

1) Schlegelberger-Schröder § 98 Anm. 5.

2) RG 138, 94 (97) m.w. Nachw.

OLG Hamburg OLG 14, 348 (349); zustimmend HGB-RGRK Würdinger § 98 Anm. 3; zurückhaltend Schlegelberger-Schröder § 98 Anm. 2.

4) Vgl. Schlegelberger-Schröder § 93 Anm. 13.

5) Baumbach-Duden §§ 98, 99 Anm. 1 B.

6) Vgl. auch Diederichsen JuS 1966, 129 (136): "Über die durch die Vertragsverhandlungen geschaffene Rahmenbeziehung des allgemeinen Schuldrechts hinaus entsteht unter Kaufleuten ein gesteigertes Vertrauensverhältnis, das sie verpflichtet, irrtümliche Vorstellungen des anderen Teils über das Zustandekommen oder über den Inhalt des in Aussicht genommenen bzw. bereits abgeschlossenen Vertrages zu korrigieren."

auch allgemein eine besondere Sorgfaltspflicht bei der Ausübung geschäftlicher Tätigkeit, die auch darin bestehen kann, im Namen Dritter Verhandlungen zu führen. Da dem Prinzip der Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis, wie sich aus den oben erwähnten Fällen ergibt, eine allgemeine Bedeutung zukommt, erscheint es angemessen, diejenigen Vertreter, die bei der Verhandlungsführung für Dritte innerhalb eines eigenen Geschäftskreises tätig werden, auch persönlich für vorvertragliche Pflichtverletzungen Dritten gegenüber einstehen zu lassen. Andere Vertreter haften für c.i.c. nur, wenn sie ohne Verhandlungsvollmacht auftreten. Sie trifft, wie § 179 BGB zeigt, lediglich die Pflicht, das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf das Vorliegen von Verhandlungs- und Vertretungsmacht zu beachten.

Allerdings darf der Begriff des Geschäftskreises nicht zu eng verstanden werden. Nicht nur selbständige Kaufleute, wie z.B. Abschlußagenten, Banken, Treuhandgesellschaften¹⁾ oder Handelsvertreter²⁾, sondern auch die Personen, die die Vertretung Dritter berufs- oder gewerbsmäßig betreiben³⁾, haften aus c.i.c.. Von einem eigenen Geschäftskreis soll immer dann gesprochen werden, wenn der Vertreter beruflich selbständig ist und nicht in das Unternehmen seines Auftraggebers eingegliedert ist. Inhaber eines eigenen Geschäftskreises sind daher auch Rechtsanwälte, wenn sie mit der Föhrung von Verhandlungen betraut sind, Architekten, die in Rahmen der Bauleitung und -ausführung Vertragsschlüsse vorzubereiten haben⁴⁾, oder Wirtschaftsprüfer.

Voraussetzung für eine persönliche Haftung ist natürlich, daß der Vertreter schuldhaft die vorvertraglichen Pflichten verletzt. Erhält er von seinem Auftraggeber unzutreffende Informationen und verwendet sie ohne Kenntnis ihrer Unrichtigkeit während der Verhandlungen, so trifft ihn kein eigenes Verschulden. Fraglich ist jedoch, inwieweit er verpflichtet ist, dem Verhandlungspartner eigene Zweifel an der Richtigkeit mitzuteilen oder seinen Zweifeln nachzugehen. An die Pflicht zur Mitteilung oder Überprüfung eines Verdachts dürfen wohl keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Zu bedenken ist nämlich, daß dem Vertreter nicht ohne weiteres zuzumuten ist, ohne feste Anhaltspunkte dem Dritten seine Zweifel mitzuteilen oder selbst Nachforschungen anzustellen. Möglicherweise begeht er durch solche Handlungen eine Vertragsverletzung gegenüber seinem Geschäftsherrn⁵⁾, weiß er jedoch genau, daß die vom ihm übermittelten

1) Vgl. HGB-RGRK-Würdinger Vorbem. 71 a.E., 72 vor 48.

2) Vgl. Baumbach-Duden § 84 Anm. 9.

3) Insoweit zutreffend Enneccerus-Nipperdey § 182 II 3a, S. 1119.

4) Daher ist den Entscheidungen OLG Hamburg JW 1936, 3139 Nr. 21 und BGH NJW 1963, 2166 im Ergebnis zuzustimmen.

5) Vgl. auch HGB-RGRK-Würdinger § 98 Anm. 4.

Auskünfte nicht den wahren Tatsachen entsprechen, so haftet er persönlich ¹⁾. Inwieweit er auch sonst Maßnahmen zu ergreifen hat, um den Dritten vor Schäden zu bewahren, ist im Einzelfall nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu entscheiden.

b) Persönliche Haftung der gesetzlichen Vertreter

Da die gesetzlichen Vertreter, zu denen auch die Ehefrau, soweit sie innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises tätig wird, und die Vermögensverwalter gerechnet werden sollen, ähnlich wie die Inhaber eines eigenen Geschäftskreises eine selbständige Stellung inne haben, ist auch ihre Haftung zu erwägen. Aus dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis läßt sich diese allerdings nicht ohne weiteres begründen.

Während die Ausgestaltung der Position der Vermögensverwalter, insbesondere des Konkursverwalters, schon eher an die Innehabung eines eigenen Geschäftskreises denken läßt, "betreiben" z. B. die Eltern die Vertretung ihrer Kinder nicht als "Geschäft" im eigentlichen Sinne. Die elterliche Gewalt, die die Befugnis zur Vertretung der Kinder mit einschließt (§ 1626 Abs. 1 BGB), ergibt sich vielmehr als natürliches Recht aus dem Eltern-Kind-Verhältnis. Gleichwohl erscheint die Haftung der gesetzlichen Vertreter und der Vermögensverwalter für c. i. c. gerechtfertigt. Sie treffen allein und in eigener Verantwortung, ohne dabei von Weisungen abhängig zu sein, die Entscheidung, ob sie in Verhandlungen eintreten und Verträge schließen wollen. In Anbetracht ihrer autoritären Stellung darf der Rechtsverkehr auch von ihnen erwarten, daß sie das in sie gesetzte Vertrauen nicht enttäuschen und persönlich für vorvertragliche Pflichtverletzungen einstehen.

Für den Konkursverwalter läßt sich diese Verpflichtung im Wege der Auslegung des § 82 KO sogar dem Gesetz entnehmen. Nach dieser Vorschrift ist der Verwalter für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten verantwortlich. Als solche sind im Sinne dieser Regelung neben den unmittelbar am Konkursverfahren Beteiligten auch die Personen anzusehen, mit denen der Konkursverwalter die Konkursmasse verpflichtende Verträge abschließen will und zu diesem Zweck in Vertragsverhandlungen eintritt ²⁾. Da dem Konkursverwalter die Wahrnehmung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten als Amtspflicht obliegt ³⁾, ist

- 1) A. A. wohl Ballerstedt, a. a. O. S. 520; mit Recht verlangt jedoch das RG in JW 1929, 3149 (3150) von einem Rechtsanwalt, der von seinem Auftraggeber gekündigt wird, daß er das Auftragsverhältnis kündigt und den Vertragsgegner hiervon in Kenntnis setzt.
- 2) Vgl. RG HRR 1926 481; BGH LM (Nr. 2) KO § 82, zustimmend Montzel-Kuhn § 82 Anm. 2; Jäger-Weber § 82 Anm. 5.
- 3) So für den Konkursverwalter z. B. gegenüber Dritten die Pflicht, die Begrün-

er, wenn er sie schuldhaft verletzt, schadensersatzpflichtig 1).

Diese Haftung aus c.i.c. ist jedoch auf den Konkursverwalter nicht beschränkt, da die übrigen Verwalter eine mit seiner Position durchaus vergleichbare Stellung inne haben. Deshalb kann der Ansicht Dölles 2), daß die Vorschrift des § 82 KO als "eine in der Natur der Sache liegende Norm" in allen Fällen, in denen Vermögensverwalter tätig werden, Anwendung finden muß 3), ohne weiteres insoweit zugestimmt werden, als es sich um eine Haftung für c.i.c. handelt.

Als Ergebnis kann deshalb festgehalten werden, daß einmal die Verhandlungsvertreter, die im Rahmen ihres eigenen Geschäftskreises tätig werden, und zum anderen alle gesetzlichen Vertreter auch selbst für c.i.c. haften.

c) Vertretener und Vertreter als Gesamtschuldner

Da auch ungeachtet einer persönlichen Haftung des Vertreters stets zugleich eine Einstandspflicht des Vertretenen gegeben ist 4), fragt sich, wie sich ihre Haft-

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 96

dung von Ansprüchen zu unterlassen, die aus der Masse nicht befriedigt werden können; vgl. BGH LM (Nr. 2) KO § 82.

- 1) RG HRR 1936, 481.
- 2) Dölle, Festschrift für Schulz II, S. 268 (280).
- 3) Vgl. auch §§ 1985 Abs. II BGB, 2219 BGB, 154 ZVG; vgl. auch die Ausführungen von Spreckelsen S. 73 ff, wonach über den Wortlaut des § 2219 BGB hinaus der Testamentsvollstrecker für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten nicht nur den Erben, sondern auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich ist.
- 4) In dem Fall, daß der Interessent für ein Grundstück in dem Büro des für den Eigentümer abschlußberechtigten Maklers durch ein Verschulden von dessen Angestellten einen Unfall erleidet, wollen Ballerstedt a.a.O. S. 512/513, 520 Fn. 43 und ihm folgend Canaris JZ 1965, 475 (480) nur eine Haftung des Maklers nach § 278 BGB, nicht jedoch des Auftraggebers eintreten lassen. Hier den Auftraggeber haften zu lassen, ist zugegebenermaßen nicht recht einleuchtend. Die Ablehnung der Haftung des Auftraggebers würde allerdings im Widerspruch zu der oben vertretenen Auffassung stehen, wonach der Vertretene bei vorliegender Voraussetzung der Stellvertretung gem. §§ 164, 278 BGB stets für c.i.c. haftet. Das Bestreben, nur den Makler haften zu lassen, erklärt sich jedoch daraus, daß es sich bei der Verletzung dieser Schutzpflichten der Sache nach um Verkehrssicherungspflichten handelt. Die Pflicht des Maklers, eine "gefährlose Verhandlungsgelegenheit zu verschaffen" (Ballerstedt a.a.O. S. 520 Fn. 43)

tung gegenüber dem Dritten und im Innenverhältnis gestaltet.

Sowohl Vertretener als auch Vertreter haben dem Dritten in gleicher Weise das negative Interesse zu ersetzen. Weil die Verpflichtungen mithin inhaltsgleich sind¹⁾ und der Dritte seinen Schaden nur einmal ersetzt verlangen kann, haften sie als Gesamtschuldner²⁾. Nur für die Ehefrau gilt eine Ausnahme; sie haftet in analoger Anwendung des § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB erst, wenn der Ehemann nicht zahlungsfähig ist.

Der Ausgleich zwischen Vertreter und Vertretenem regelt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnis. Bei einer von einem Verhandlungsvertreter begangenen vorvertraglichen Pflichtverletzung hat dieser meist allein den Schaden zu tragen. Er wird nämlich in der Regel auf Grund eines Auftrags, Dienst- oder Dienstbesorgungsvertrages tätig und begeht daher mit der Pflichtverletzung zugleich eine Vertragsverletzung gegenüber dem Vertretenen. Begeht der Vertreter jedoch mit Wissen, Einverständnis oder gar auf Weisung des Vertretenen eine c.i.c., so darf sein Verhalten nicht mehr als Vertragswidrig angesehen werden, und der Vertretene hat den Schaden allein zu übernehmen. Allerdings kann diese Möglichkeit für das Verhalten von gesetzlichem Vertreter und Vertretenem kaum Bedeutung zu. Abgesehen von den Fällen, in denen der Haftungsmaßstab kraft Gesetzes bestimmt ist (z. B. §§ 1439, 1665 BGB), haftet hier grundsätzlich allein der Vertreter.

Ballerstedt³⁾ vertritt es dagegen nicht gerechtfertigt zu sein, Vertreter und Vertretenen als Gesamtschuldner haften zu lassen. Die Haftung beider Verhandlungspartner beruhe nämlich nicht darauf, daß sie gemeinsam den Vertrauensschutz des Dritten in Anspruch genommen hätten. Neben die Vertrauensbeziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn sei vielmehr ein "besonderer Ver-

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 97

ist nämlich identisch mit der ihm als Inhaber der Geschäftsräume obliegenden Verkehrssicherungspflicht. Wandeln wir den Fall dahin ab, daß ein Vertreter in seinen eigenen Geschäftsräumen einem Kunden Maschinen vorführt und dabei durch unsachgemäße Bedienung diesen verletzt, so entspricht die Haftung des Vertretenen durchaus dem Rechtsgefühl. Damit wird auch hier wieder deutlich, daß die Schutzpflichten, die den Verkehrssicherungspflichten entsprechen, in die c.i.c. schwierig einzuordnen sind.

- 1) Vgl. Larenz, SR I, § 33 I, S. 380.
- 2) Enneccerus-Nipperdey § 182 II 3, S. 1119 Fn. 21; vgl. auch BGH LM § 82 KO Nr. 1, nach dessen Ansicht bei schuldhaftem Handeln des Konkursverwalters dieser und die Masse nebeneinander haften.
- 3) Ballerstedt a.a.O. S. 523/524.

pflichtungstatbestand" in der Person des Vertreters getreten, da dieser nur hafte, wenn er eine erfolgreiche Vertrauenswerbung für sich persönlich entfaltet habe. Dabei habe er zwar nicht "im fremden Namen", wohl aber "in fremder Sache" seine Vertrauensfähigkeit dem Dritten gegenüber zur Geltung gebracht und mithin nicht wie ein Stellvertreter, sondern wie ein Bürge gehandelt. Da der Vertreter trotz des "Einsatzes seiner Vertrauensfähigkeit" in der "Rolle eines Gewährsmannes für seinen Geschäftsherrn" bleibe, "drange sich die Analogie zum Kreditauftrag (§ 778 BGB) geradezu auf: Hier wie dort die Förderung eines fremden Geschäfts durch persönlichen Einsatz, hier wie dort eine Verstärkung der Vertrauensgrundlage, auf der die (bereits bestehende oder erst anzuknüpfende) Beziehung zwischen den beiden anderen Beteiligten beruht, unter persönlicher Verantwortlichkeit." Daher kommt Ballerstedt zu dem Ergebnis, "daß die Haftung des Vertreters, ebenso wie im Falle des § 778 die des Auftraggebers, auf eine Bürgschaftsverpflichtung zu beschränken ist" 1).

Der Hinweis Ballerstedts auf den Kreditauftrag erscheint jedoch nicht zwingend. Der Kreditauftrag ist ein rechtsgeschäftlicher Auftrag, auf Grund dessen sich der Beauftragte zur Kreditgewährung an einen Dritten verpflichtet hat 2). Die Verpflichtung des Auftraggebers, Aufwandsersatz zu leisten (vgl. § 670 BGB), modifiziert § 778 BGB darin 3), daß dieser dem Beauftragten "für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge" haftet. Der Kreditauftrag ist daher, wie jeder andere Auftrag auch, ein vom Auftraggeber in seinem eigenen Interesse abgeschlossenes Geschäft. Als Abgrenzungsmerkmal zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag zieht der BGH deshalb die Tatsache an, daß der Kreditauftrag "der Befriedigung des Interesses des Auftraggebers an der Kreditgewährung dienen soll" 4). Mithin handelt es sich bei dem Abschluß eines Kreditauftrages höchstens in zweiter Linie um die "Förderung eines fremden Geschäfts" und die "Verstärkung der Vertrauensgrundlage" zwischen Kreditgeber und -nehmer.

Vor allem aber trifft das Argument Ballerstedts, das der eine persönliche Vertrauenswerbung entfaltende Vertreter wie ein Bürge handle, im Hinblick auf die oben entwickelte Auffassung nicht zu. Die vorvertragliche Vertrauenslage besteht nämlich stets solange nicht der Geschäftsherr in die Verhandlungen selbst eingreift, nur zwischen Vertreter und Dritten. Die vorvertraglichen Rechte und Pflichten sind dagegen dem Geschäftsherrn zugeordnet. Eine persönliche Ver-

1) Zustimmend Staudinger-Coing § 164 Anm. 17c; Siebert-Schultze v. Lasaulx § 164 Bem. 4.

2) Vgl. BGH Betrieb 1956, 890 m.w.Nachw.

3) Vgl. Siebert-Erdsiek-Mühl § 778 Bem. 1.

4) BGH Betrieb 1956, 890.

pflichtung des Vertreters kommt daneben nur in Betracht, wenn auch er nach der Verkehrsauffassung für ein redliches Verhalten einzustehen hat. Dies ist beim gesetzlichen Vertreter auf Grund seiner autoritären Stellung stets der Fall und beim Handlungsvertreter dann, wenn er im Rahmen eines eigenen Geschäftskreises tätig wird. Hier ist es gerechtfertigt, Vertreter und Vertretenen nebeneinander als Gesamtschuldner haften zu lassen.

VIII. HAFTUNG DES ERFÜLLUNGSGEHILFEN AUS POSITIVER VERTRAGSVERLETZUNG

In Rechtsprechung und Lehre ist heute allgemein anerkannt, daß sich für die Parteien eines Vertrages über die Pflicht zur Hauptleistung hinaus noch eine Vielzahl sonstiger Pflichten ergeben kann ¹⁾, die Larenz treffend als "weitere Verhaltenspflichten" bezeichnet ²⁾. Verletzt ein Vertragspartner schuldhaft eine solche Pflicht, so hat er aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung Schadensersatz zu leisten ³⁾. Ein Verschulden Dritter, deren er sich zur Erfüllung der Verhaltenspflichten bedient, hat er dabei gemäß § 278 BGB wie eigenes zu vertreten ⁴⁾. Diese Grundsätze sind heute unbestritten und bedürfen keiner weiteren Erläuterung. Hier soll vielmehr die Frage erörtert werden, ob nicht auch der Erfüllungsgenilfe für die von ihm begangene Pflichtverletzung dem Dritten gegenüber einzustehen hat. Ihre Untersuchung erscheint keineswegs abwegig, wenn man bedenkt, daß vorvertragliche und nebenvertragliche Verhaltenspflichten zu einem nicht unerheblichen Teil inhaltlich gleichartig sind. Vor und nach Vertragsschluß bestehen für die Parteien Aufklarungs-, Mitteilungs-, Auskunft-, Fursorge- und Erhaltungspflichten ⁵⁾. Da für c.i.c. aber nicht nur

-
- 1) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 4 II 1; Erman § 242 Anm. III 2; Esser, SR, § 33, 2 u. 3; Fikentscher, SR, § 8, 3 u. 4; Larenz, SR I, § 2 I; Soergel-Siebert § 242 Bem. 61 ff; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 770.
 - 2) Larenz, SR I, § 2 I, S. 6; im übrigen finden sich in der Lit. die verschiedensten Bezeichnungen, z. B. Nebenpflichten (Erman § 242 Anm. III 2a), Sicherungspflichten (Staudinger-Weber § 242 Anm. A 722), Vertrauenspflichten (Christensen S. 59), allgemeine vertragliche Treupflichten (Köppe S. 66).
 - 3) Vgl. BGB-RGRK-Nastelski § 242 Anm. 25; Enneccerus-Lehmann § 55 I 1; Larenz, SR I, § 23 I a; Esser, SR, § 79, 1b.
 - 4) Esser, SR, § 58, 3; Erman-Groepper § 278 Anm. 5d; Enneccerus-Lehmann § 44 II; RG 160, 310 (314).
 - 5) Vgl. die in Fn. 1) Genannten.

die zukünftigen Vertragspartner, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch die mit der Verhandlungsführung betrauten Vertreter oder Erfüllungsgehilfen einzustehen haben, kann auch an eine persönliche Haftung der Erfüllungsgehilfen aus positiver Vertragsverletzung gedacht werden.

1. Die Ansicht des BGH

Das Problem der Haftung des Erfüllungsgehilfen aus positiver Vertragsverletzung wurde, soweit ersichtlich, zum ersten Male in einer BGH-Entscheidung¹⁾ erörtert, der im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Im Jahre 1954 wollte die Klägerin ihr Haus auf Rentenbasis verkaufen. Der Erstbeklagte Adolf X., der in A ein Grundstücksmaklergeschäft betrieb, schloß mit ihr einen Maklervertrag und bemühte sich um Kautinteressenten. Nach einiger Zeit setzte der Zweitbeklagte Bernhard X., ein Bruder des Adolf X., die Vertragsbeziehungen fort. Er war in E selbständiger Leiter einer Zweigniederlassung des Geschäfts seines Bruders und führte die Maklergeschäfte „an deren Gewinn er beteiligt war, im Namen seines Bruders“²⁾. Auf Grund seiner, des Bernhard X., Vermittlungstätigkeit verkaufte die Klägerin das Grundstück an die K. Als Entgelt wurde die Zahlung einer monatlichen Rente sowie die Einräumung eines Wohnrechts vereinbart. Auf eine dingliche Sicherung wurde ausdrücklich verzichtet. Auf wessen Veranlassung dies geschehen war, ließ sich nicht mehr feststellen³⁾. Die K belastete das Grundstück mit einer Grundschuld, vermietete gegen Mietvorauszahlungen langfristig das Haus, wanderte alsdann aus und stellte ihre Zahlungen an die Klägerin ein. Diese trat gemäß § 326 BGB vom Kaufvertrage zurück und wurde wieder als Eigentümerin eingetragen. Die Klägerin verlangt nunmehr von den beiden Maklern Ersatz des Schadens, der ihr durch den Grundstücksverkauf entstanden war. Nach ihrer Auffassung hätten die Beklagten, weil sie, die Klägerin, erkennbar ungewandt und geschäftsunerfahren gewesen sei, sie davon abhalten müssen, ihr einziges Vermögensstück ohne jede Sicherheit an die vermögenslose und unzuverlässige K zu veräußern.

Dem Berufungsgericht folgend erblickt der BGH in dem Verhalten des Bernhard X. eine schuldhaftige Vertragsverletzung. Dieser habe gewußt, daß die Klägerin geschäftsungewandt gewesen sei und ihr volles Vertrauen darein gesetzt habe,

1) BGH VersR 1964, 977 = NJW 1964, 2009 = JZ 1964, 654.

2) BGH VersR 1964, 977 (979 I. Sp.).

3) BGH a. a. O. S. 980 I. Sp..

daß er als sachkundiger Makler ihre Interessen wahrnehmen werde. Deswegen hatte er sie über die Bedeutung eines Verzehs auf dingliche Sicherung belehren müssen ¹⁾. Für dieses Verschulden seines Bruders hafte gemäß § 278 BGB der Erstbeklagte Adolf X. ²⁾. Eine persönliche Haftung des Bernhard X. - und diese interessiert in unserem Zusammenhang besonders - lehnt der BGH jedoch ab. Die Grundsätze, nach denen der Vertreter aus c.i.c. persönlich hafet, können nach seiner Ansicht nämlich nicht in gleicher Weise auf das Verschulden des Erfüllungsgehilfen bei Durchführung eines Vertrages angewendet werden. "Die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung", so begründet der BGH seine Meinung, "beruht nicht auf der Inanspruchnahme von Vertrauen, sondern auf der Verletzung vertraglicher Pflichten. Dafür hat nach § 278 BGB der Vertragspartner selbst, und nicht sein Gehilfe, dem Vertragsgegner einzustehen, weil nur die Vertragspartner einander vertraglich verpflichtet sind." ³⁾

2. Kritische Betrachtung der Begründung des BGH und Entwicklung der eigenen Meinung

Auf den ersten Blick erscheint es überzeugend, daß der BGH eine Haftung des Erfüllungsgehilfen ablehnt, da der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung üblicherweise als ein vertraglicher angesehen wird und sich als solcher auch nur gegen eine Vertragspartei richten kann. Die Uneingeschränktheit, mit der der BGH behauptet, daß die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung nicht auf der Inanspruchnahme von Vertrauen, sondern auf der Verletzung vertraglicher Pflichten beruhe, gibt jedoch zu Bedenken Anlaß. Vielmehr ist, wie auch ein Blick auf die Literatur zeigt, eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Fällen der positiven Vertragsverletzung notwendig.

Mit Larenz ⁴⁾ und ihm folgend Köpcke ⁵⁾ ist zunächst einmal zwischen den beiden Hauptgruppen, nämlich der Schlechterfüllung oder Schlechtleistung und der Verletzung einer weiteren Verhaltenspflicht, zu unterscheiden. Gerade aber bei den Verhaltenspflichten wird sich zeigen, daß sie ihren Geltungsgrund nicht durchweg im Vertrag finden. Vielmehr muß zwischen den einzelnen Pflichten näher unterschieden werden.

1) BGH a. a. O. S. 980 I. Sp. unter 3).

2) BGH a. a. O. S. 979 r. Sp.

3) BGH a. a. O. S. 979 r. Sp. unter 2a.

4) Larenz, SR I, § 23 I.

5) Köpcke S. 26.

4) Einteilung der Verhaltenspflichten in leistungsbezogene Pflichten und Schutzpflichten

Wenn auch die in der Literatur vorgenommenen Unterscheidungen der Verhaltenspflichten in einzelnen nicht unerheblich voneinander abweichen, so finden sich doch entsprechend der verschiedenartigen Zweckbestimmung der Pflichten zwei Haupteinteilungen.

So unterscheidet Stoll zwischen Pflichten, die dem Leistungsinteresse dienen, und solchen, die sich auf den Bestand der Rechtsgüter des Vertragspartners richten. Die ersteren nennt er "Erfüllungspflichten" ¹⁾ und rechnet sie zu den "Leistungspflichten" ²⁾, die letzteren bezeichnet er als "Schutzpflichten" ³⁾.

In ähnlicher Weise trennt Weber ⁴⁾ die Pflichten, die "den reibungslosen Ablauf des Schuldverhältnisses" gewährleisten bzw. "die Erfüllung der Leistung als solche, also die engere Leistungspflicht, fördern" sollen, von Pflichten, die schädliche Einwirkungen, die zum Nachteil eines Beteiligten drohen, verhüten sollen.

Esser ⁵⁾ will zwar "drei verschieden weite Kreise" von Pflichten unterscheiden, wobei sich jedoch die ersten beiden weitgehend überschneiden dürften: "Das Verhalten bei der Leistung selbst mit Rücksicht auf deren aus dem Vertrag erkennbaren unmittelbaren Zweck, das Verhalten bei und nach der Leistung mit Rücksicht auf den Vertragszweck und das Verhalten vor, bei und nach der Leistung mit Rücksicht auf den Schutz des Partners."

Auch Siebert ist der Meinung, daß die Verhaltenspflichten "gleichsam in immer weiter werdenden Kreisen um die Leistungspflicht selbst" angeordnet sind ⁶⁾, und teilt sie in drei Gruppen ein ⁷⁾: in Pflichten, die die Hauptpflicht ergänzen, in Hilfspflichten, d.h. Pflichten, die "funktionell einer Leistungspflicht, insbesondere einem Vertragsinhalt zugeordnet sind" und "die Erfüllung der Hauptpflicht vorbereiten, fördern und sichern sollen", und schließlich in Schutzpflich-

1) Stoll AcP 136, 257 (288).

2) Stoll, Vertrag und Unrecht II, § 30 II 1; ders., Leistungsstörungen, S. 27.

3) Stoll AcP 136, 257 (289); ders., Vertrag und Unrecht II, § 30 II 2; ders., Leistungsstörungen, S. 27 ff, insbes. 30.

4) Staudinger-Weber § 242 Anm. A 771, 772.

5) Esser, SR, § 33, 2, S. 109.

6) Soergel-Siebert § 242 Bem. 62.

7) Soergel-Siebert § 242 Bem. 64-66.

ten, durch deren Beachtung Schäden von der Person oder dem Vermögen des anderen ferngehalten werden sollen.

Die von den genannten Autoren vorgenommenen Unterscheidungen bestehen zu Recht ¹⁾. Die Verhaltenspflichten, die der Vorbereitung, Verwirklichung und Erhaltung der Hauptleistung dienen, sollen hier leistungsbezogene Pflichten ²⁾ genannt werden; für die Verhaltenspflichten, die bezwecken, daß die Rechts- und Sachgüter des anderen Teils einschließlich des Vermögens als solchen nicht

1) Vgl. auch die Einteilungen bei Erman § 242 Anm. III 2b; BGB-RGRK-Nastelski § 242 Anm. 23 ff; Enneccerus-Lehmann § 4 II 2; Köpcke S. 69 ff; Larenz, SR I, S. 6 Fn. 3; Letzterer unterscheidet: 1. richtiges (sorgfältiges, sachgemäßes) Verhalten bei der Ausführung der Leistung, der "Leistungshandlung" selbst; 2. richtiges, dem Sinn und Zweck des Schuldverhältnisses entsprechendes Verhalten im übrigen, z.B. Rücksichtnahme, Aufklärung des anderen, Unterlassung einer Schädigung sowie einer Vereitelung des Vertragszwecks.

2) Die leistungsbezogenen Pflichten zählen also auch zu den Verhaltenspflichten. Die für sie von Stoll (vgl. S. 143 Fn. 2) und Canaris JZ JZ 1965, 475 (477 Fn. 16) verwendeten Begriffe Leistungs- bzw. Nebenleistungspflichten sollen den vertraglich vereinbarten und einklagbaren Verpflichtungen vorbehalten bleiben (vgl. Köpcke S. 56). Dabei bleibt zu beachten, daß allgemeine Verhaltenspflichten, wie z.B. ein Konkurrenzverbot, durch besondere Vereinbarung zu Nebenleistungspflichten erhoben werden können (Larenz, SR I, S. 7).

Wolf AcP 153, 97 (113) lehnt sogar die Unterscheidung von Leistungspflichten und Verhaltenspflichten als unrichtig ab. Er ist der Meinung, daß jede Leistungspflicht eine Verhaltens-, jede Verhaltens- eine Leistungspflicht ist. Auf der gleichen Linie liegt es, wenn neuerdings Fikentscher, SR, § 8,3 die Verhaltenspflichten dem Leistungsinhalt zurechnet, um damit einen "einheitlichen Leistungsbegriff" zu gewinnen. Wenn aber z.B. der Verkäufer eines wegen schöner Aussicht teuren Grundstücks die Pflicht hat, nicht selbst später die Aussicht zu verbauen (vgl. RG 161, 330 (338)), oder für den Verkäufer eines Unternehmens, an dessen Gewinn er noch auf 10 Jahre beteiligt ist, für diesen Zeitraum ein Wettbewerbsverbot besteht (vgl. RG 117, 177 (180)), so läßt sich doch sowohl dem Verhalten als auch dem Inhalt nach zwischen der eigentlichen Leistungshandlung, die auf Veräußerung des Grundstücks bzw. des Unternehmens zielt, und dem sonstigen Verhalten, das auf Nichtgefährdung und -vereitelung des mit dem Vertrag bezweckten Erfolgs gerichtet ist (vgl. BGH LM § 362 Nr. 2; BGH 16, 4 (9)), unterscheiden (vgl. Larenz, SR I, S. 6 Fn. 3).

beeinträchtigt werden, soll der von Stoll geprägte Ausdruck Schutzpflichten verwendet werden.

Breithorn wird sich eine scharfe Trennung zwischen Schutzpflichten und leistungsbezogenen Pflichten nicht immer durchführen lassen. Häufig wird die Verletzung einer Schutzpflicht mit der Verletzung einer leistungsbezogenen Pflicht zusammenfallen. Unterläßt es z.B. der Verkäufer einer komplizierten und gefährlichen Maschine, den Käufer bei Lieferung über die Bedienungsweise aufzuklären, und erleidet dieser durch unsachgemäße Handhabung einen Schaden an seiner Gesundheit, so hat der Verkäufer sowohl eine leistungsbezogene Pflicht, nämlich das ordnungsgemäße Funktionieren der Maschine zu ermöglichen, verletzt als auch die Schutzpflicht, den Käufer vor zusätzlichen Schäden zu bewahren. Im Zusammentreffen der Schutzpflicht mit der Leistungspflicht selbst finden wir in vielen Fällen der Schlechterfälligkeit. Liefert ein Verkäufer grünes Viehfutter ¹⁾, so ist er seiner Leistungspflicht nicht nachgekommen - er ist nämlich verpflichtet, Waren mittlerer Art und Güte zu liefern - und hat zugleich eine Schutzpflicht verletzt, wenn durch das grüne Futter der Tod einiger Tiere des Käufers herbeigeführt worden ist ²⁾.

Der Wert einer Zweiteilung zwischen Schutzpflichten einerseits und den leistungsbezogenen Pflichten andererseits zeigt sich jedoch sofort, wenn wir untersuchen, auf welchem Geltungsgrund jeweils die Pflichten beruhen und ob bei ihrer Verletzung der Erfüllungsgehilfe haftet.

Die leistungsbezogenen Pflichten beruhen ebenso wie die Leistungspflichten selbst auf dem Vertrag. Dies ergibt sich ohne weiteres aus ihrer engen Verknüpfung mit dem Vertragszweck, durch den sie ihren Inhalt auch erst im Einzelfall erhalten ³⁾. Ist der Vertrag aus irgend einem Grunde unwirksam oder nichtig, so entfallen notwendigerweise auch die Pflichten, die der Erfüllung der Durchführung des Schuldverhältnisses und der Ermöglichung der Erfüllung des Schuldzwecks ⁴⁾ dienen. Die Frage nach der Haftung des Erfüllungsgehilfen bei Verletzung von leistungsbezogenen Pflichten läßt sich ebenfalls einfach beantworten. Da sie wie die Leistungspflichten nur dem Vertragspartner obliegen, haften auch nur dieser.

Dagegen wird der Inhalt der Schutzpflichten - die auf den Bestand und die Erhaltung der Rechtsgüter des anderen Teils gerichtet sind, nicht von dem eigentlichen Ver-

1) Vgl. RG 66, 289.

2) Diese Beispiele hat Canaris JZ 1965, 475 (477) im gleichen Zusammenhang verwandt.

3) Canaris JZ 1965, 475 (478 Fn. 34).

4) Larenz, SR I, § 2 I, S. 7.

tragszweck bestimmt. Sie obliegen auch in gleicher Weise dem Gläubiger wie dem Schuldner der Leistung ¹⁾. Die Frage, ob die Schutzpflichten ihren Rechtsgrund überhaupt im Verträge finden, und der Zweifel an der These des BGH, daß die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung nur auf der Verletzung vertraglicher Pflichten beruht, liegen daher nahe.

b) Unabhängigkeit der Schutzpflichten vom Verträge

Wenn die während des Vertrages bestehenden Schutzpflichten als vertragliche, also als rechtsgeschäftliche Pflichten anzusehen sind, müssen Ansprüche wegen ihrer Verletzung folgerichtigerweise entfallen, sobald der Vertrag unwirksam oder nichtig ist. Entfallen sie aber nicht, wäre dies Beweis dafür, daß sie nicht auf dem Verträge beruhen, sondern vielmehr grundsätzlich von ihm unabhängig sind.

Die Frage der Unabhängigkeit der Schutzpflichten vom Vertrag ist zunächst von Bedeutung, wenn der Vertrag von vornherein nichtig oder unwirksam ist, die Parteien ihn aber dennoch als wirksam behandelt haben und sich bei der "Vertragserfüllung" zusätzliche, aber das Interesse gerade an der Leistung selbst hinausgehende Schaden ²⁾ zugefügt haben. Zweifellos besteht hier ein Bedürfnis, den Parteien vertragliche Schadensersatzansprüche zu gewähren. In diesem Sinne hat der BGH ³⁾ folgenden Fall entschieden:

Der Angestellte einer Firma brachte für diese einen Kraftwagen zur Reparatur. Weil er jedoch zum Abschluß eines Werkvertrages nicht bevollmächtigt war, kam zwischen der Firma und dem Inhaber der Werkstatt kein Vertrag zustande. Bei der Reparatur wurde nun der Kraftwagen zum großen Teil dadurch zerstört, daß ein in der Werkstatt beschäftigter Schweißer durch unsachgemäße Handhabung des Schweißbrenners eine Explosion des Tanks verursachte.

Trotz Unwirksamkeit des Vertrages ließ der BGH den Inhaber der Reparaturwerkstatt für das Verschwinden des Schweißers als seines Erfüllungsgehilfen nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung haften ⁴⁾. Die vertragsähnliche Schutzpflicht hinsichtlich des Wagens begründete der BGH folgendermaßen: Der Wagen sei dem Inhaber im Rahmen von Verhandlungen über den Abschluß eines

- 1) Larenz, SR I, S. 6; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 772; ausführlich Diers S. 79; Palandt-Danckelmann § 241 Anm. 7.
- 2) Larenz, SR I, § 23 I a, S. 278.
- 3) BGH BB 1953, 956.
- 4) BGH a. a. O. S. 957.

Reparaturvertrages übergeben worden, und dieser habe ihn zunächst in Obhut genommen. Aus derartigen Vorgängen anlässlich von Vertragsverhandlungen ergebe sich nach ständiger Rechtsprechung eine Verpflichtung zur sorgsamten Behandlung solcher Gegenstände, und die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Verpflichtung richteten sich nach den Grundsätzen des Vertragsrechts.

Wenn es auch unmittelbar einleuchtet, daß den Parteien nicht nur während der Vertragsverhandlungen, sondern auch erst recht im Rahmen eines vermeintlichen Vertrages vertragsähnliche Obhutspflichten obliegen ¹⁾, so kann die vom BGH gegebene Begründung nicht überzeugen. Er entnimmt nämlich aus dem einem vermeintlich wirksamen Vertragsschluß vorausgegangenen Verhandlungsverhältnis Schutzpflichten auch für die spätere Zeit der scheinbaren Vertragserfüllung. Dies ist jedoch nicht zulässig, da die Verhandlungen bereits längst durch den "Vertragsschluß" beendet worden sind und die geschäftlichen Beziehungen der Parteien in ihren Augen bis zur Erbringung der "geschuldeten" Leistung gediehen sind. Ein Rückgriff auf vorausgegangene Vertragsverhandlungen ist schließlich überhaupt nicht möglich, wenn der Wagen erst nach dem vermeintlichen Vertragsschluß dem Inhaber der Werkstatt übergeben worden wäre. Aber auch dieser Fall dürfte nicht anders entschieden werden ²⁾.

Das Problem der Unabhängigkeit der Schutzpflichten vom Verträge stellt sich nicht nur bei von vorneherein unwirksamen Verträgen, sondern auch, wenn der Vertrag nachträglich rückwirkend - sei es durch Wandlung, Rücktritt oder Anfechtung - aufgehoben wird.

Denken wir an den bekannten Fall, in dem ein Verkäufer von Pferdefutter ein mit giftigen Körnern untermischtes Futter geliefert hat und einige Tiere des Käufers infolgedessen eingegangen sind ³⁾. Wenn der Käufer nun wandelt, so fragt sich, ob er damit auch seinen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung verliert. Da die wohl herrschende Meinung annimmt, daß mit der Wandlung ⁴⁾ ebenso wie mit dem Rücktritt ⁵⁾ der Vertrag rückwirkend entfällt, müßte

1) Ebenso Soergel-Siebert § 242 Bem. 63.

2) Zutreffend Diers S. 83.

3) Vgl. RG 66, 289.

4) Vgl. Erman-Böhle-Stamschräder § 467 Anm. 5; Palandt-Gramm § 467 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 38 I und II; Staudinger-Ostler § 467 Anm. 2 und 3; Oertmann Vorbem. 1a vor § 346, § 346 Anm. 2 und 3; ebenso ständige Rspr.: RG 96, 156 (157); RG 108, 26 (27); RG JW 1924, 676 (677).

5) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 38 II; BGB-RGRK-Wilde Anm. 1 vor § 346, § 346 Anm. 4; Oertmann Vorbem. 2a vor § 346, § 346 Anm. 2 und 3; Erman-Westermann § 346 Anm. 3; Siebert-Reimer Schmidt Bem. 5 vor § 346; ferner ständige Rspr.: RG 50, 255 (266); RG 171, 202 (205); BGH JZ 1952, 527 (529).

sie folgerichtigerweise zu dem Schluß kommen ¹⁾, daß ein vertraglicher Schadensersatzanspruch nicht mehr denkbar ist. Gleichwohl wird dem Geschädigten nach erfolgter Wandlung ²⁾ und auch bei seinem Rücktritt ³⁾ ein vertragsähnlicher Schadensersatzanspruch zugebilligt.

Nun könnte man zwar das Ergebnis, daß trotz Ausübung des Wandlungs- oder Rücktrittsrechts Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung erhalten bleiben müssen, ohne Schwierigkeiten mit der Lehre von der Umwandlung des Vertrages in ein Abwicklungsverhältnis ⁴⁾ begründen. Nach dieser bleiben Ansprüche wegen Verletzung von weiteren Verhaltenspflichten bestehen, da der Vertrag noch vorhanden ist. Unlösbar sind jedoch nach wie vor die Fälle der Anfechtung ⁵⁾. Ein angefochtenes Rechtsgeschäft ist nämlich kraft Gesetzes als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 BGB). Wollte man annehmen, daß mit der Anfechtung Schadensersatzansprüche vertraglicher Art wegen Verletzung von Schutzpflichten nicht mehr gegeben sind, so würde man den Anfechtungsberechtigten, z.B. den arglistig Getäuschten, unbillig belasten. Er müßte entweder von der Ausübung seines Anfechtungsrechts Abstand nehmen oder sich mit der Geltendmachung von deliktischen Ansprüchen, bei Schädigung durch einen Gehilfen also mit § 831 BGB, begnügen.

Sicherlich entspricht es der Billigkeit, bei Verletzung von Schutzpflichten nicht

1) Darauf weist zutreffend Larenz, SR I, § 25 I a, S. 301 hin.

2) Vgl. Staudinger-Ostler § 433 Anm. 115, § 463 Anm. 34; Enneccerus-Lehmann § 112 I 3; Siebert-Reimer Schmidt Bem. 5 vor § 346; auch die Rspr. gewährt einen Schadensersatzanspruch aus schuldhafter Vertragsverletzung neben der Wandlung; vgl. RG 52, 18 (19); RG 66, 289 (291); RG WarnR 1915 Nr. 139; RG JW 1931, 3471 (3472); RG DR 1941, 637 (638). - Im übrigen ist anerkannt, daß Ersatzansprüche für Verschulden bei Vertragsschluß möglich sein müssen; vgl. Erman-Westermann § 346 Anm. 3; Enneccerus-Lahmann § 38 II 1 vor a; Palandt-Danckelmann Anm. 1 Einf. vor § 346.

3) Vgl. Siebert-Reimer Schmidt Bem. 5 vor § 346; RG Recht 1905, 250 Nr. 1112; in dieser Entscheidung lehnte das RG nur deshalb den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ab, weil ein Verschulden nicht festgestellt worden war, die anderen Entscheidungen, die Schadensersatzansprüche nach erfolgtem Rücktritt ablehnen, beziehen sich auf Ansprüche, die auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet sind; vgl. RG 50, 255 (260); RG 85, 280 (282); RG 109, 184 (186).

4) Vgl. Wolf AcP 153, 37 (114, 118); Larenz, SR I, § 25 I a, b; Stoll AcP 131, 141 (183 f); Esser, SR, § 82, 4; Blomeyer, SR, § 35 I 1.

5) Vgl. Canaris JZ 1965, 475.

auf vor Vertragsschluß vertragsähnliche Schadensersatzansprüche anzuerkennen, sondern sie auch zu gewähren, falls der Vertrag unwirksam oder nichtig ist. Wenn sich aber Rechtsprechung und Lehre dem Bedürfnis nach Zubilligung solcher Ansprüche nicht entzogen haben, so darf man sich nicht der Erkenntnis verschließen, daß die während des Vertrages bestehenden Schutzpflichten ihre Grundlage nicht im Vertrage haben ¹⁾.

c) Rechtsgrund der Schutzpflichten

Die Frage nach dem Rechtsgrund der während des Vertrages bestehenden Schutzpflichten läßt sich unter Heranziehung der bei der Untersuchung der c.i.c. gewonnenen Erkenntnisse beantworten. Die vorvertraglichen Pflichten obliegen den Verhandlungspartnern, weil sie sich gegenseitig die Möglichkeit geben, auf ihre Rechtsgüter einzuwirken, und sie daher darauf vertrauen müssen, daß ihnen Schädigungen irgendwelcher Art erspart bleiben ²⁾. Dieses mit der Verhandlungseröffnung entstandene Vertrauensverhältnis endet jedoch keineswegs mit dem Vertragsschluß. Gerade auch mit ihm eröffnen die Vertragspartner einander die Möglichkeit erhöhter Einwirkung auf ihre Rechtsgüter und setzen sich damit einer stärkeren Gefährdung aus ³⁾. Auch hier müssen die Parteien darauf vertrauen dürfen, nicht geschädigt zu werden. Vor und während des Vertrages und auch noch nach der Vertragserfüllung besteht ein durchgehendes Vertrauensverhältnis, aus dem sich die Pflicht der Parteien ergibt, ihre Rechtsgüter nicht zu verletzen ⁴⁾.

Das Vertrauensverhältnis ist zwar mit dem aus dem Vertrag folgenden Leistungsverhältnis sehr eng verknüpft. Leistungspflichten und die sich aus dem Vertrau-

- 1) Vgl. Diers S. 80 ff; Canaris VersR 1965, 114 (117); ders. JZ 1965, 475 (476); Soergel-Siebert § 242 Bem. 63; "Die Nebenpflichten setzen das Bestehen einer gültigen Hauptpflicht nicht voraus, soweit sie auch bei Fehlen einer Leistungsverbindlichkeit noch eine selbständige Bedeutung haben. Dies ist allgemein anerkannt für die im Stadium der Vertragsverhandlungen bestehenden Pflichten. Für den Zeitraum nach Abschluß eines (ungültigen oder rückwirkend aufgehobenen) Vertrages kann nichts anderes gelten."
- 2) Vgl. oben S. 35-37.
- 3) Vgl. Stoll AcP 136, 257 (288).
- 4) Vgl. Staudinger-Weber, 10. Aufl. Bd. II, 1, Einl. Anm. 354, 403; Stoll, Leistungsstörungen, S. 26; (Das Vertrauensverhältnis) "besteht von dem Augenblick an, in dem sich die Parteien erkennbar zu Zwecken des Vertragsschlusses gegenüberreten und dauert bis zu dem Augenblick, in dem die letzten Wirkungen aus dem Leistungsverhältnis erloschen sind."

ensverhältnis ergebenden Verhaltenspflichten bilden zusammen das komplexe Schuldverhältnis, das sogar in seiner Gesamtheit als ein Vertrauensverhältnis angesehen wird ¹⁾. Gleichwohl stehen aber Leistungsverhältnis und Vertrauensverhältnis "unter eigenen rechtlichen Gesetzen" ²⁾ und sind voneinander unabhängig ³⁾. Entfällt wegen Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Vertrages die Leistungsbeziehung, so bleibt das Vertrauensverhältnis als tatsächliche Beziehung der Parteien noch weiterhin von Bestand und kann nicht nachträglich beseitigt werden.

Die Verschiedenheit zwischen c.i.c. und positiver Vertragsverletzung, soweit sie die Verletzung von Schutzpflichten betrifft, besteht also letztlich nur darin, daß die c.i.c. zeitlich vor und während des Vertragsschlusses, die positive Vertragsverletzung nach dem Vertragsschluß liegt ⁴⁾. Im übrigen beruhen die Schutzpflichten vor und während des Vertrages in gleicher Weise auf dem Vertrauensverhältnis, das seine Stütze in Treu und Glauben findet ⁵⁾. Auch während des Vertrages sind daher die Schutzpflichten nicht als vertragliche ⁶⁾, sondern als gesetzliche Pflichten ⁷⁾ zu kennzeichnen, so daß also die Ansicht des BGH, daß die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung auf der Verletzung vertraglicher Pflichten beruhe, hinsichtlich der Verletzung von Schutzpflichten nicht zutrifft.

Da die Schutzpflichten vor und während des Vertrages dem gleichen Vertrauensverhältnis und damit auch demselben Schuldverhältnis entspringen ⁸⁾, und auf

1) Eichler S. 9; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 770.

2) Christensen S. 61.

3) Stoll, Leistungsstörungen, S. 26; Stoll-Felgentraeger, Vertrag und Unrecht I, S. 17; Diers S. 84; Canaris JZ 1965, 475 (477); vgl. auch Wilburg AcP 163, 346 (378).

4) So schon Richter JW 1921, 664 (665).

5) Staudinger-Weber, Bd. II, 1. Teil, 10. Aufl. Einl. Anm. 35; Stoll AcP 136, 257 (288); Canaris JZ 1965, 475 (477); im übrigen ist anerkannt, daß Rechtsgrundlage der Verhaltenspflichten § 242 BGB ist; vgl. Enneccerus-Lehmann § 4 II 2; Esser, SR, § 32, 2 und 3; Larenz, SR I, § 10 II f; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 770.

6) So aber Baumert S. 39; Blomeyer, SR, § 17 III 1 b, S. 73; Ballerstedt AcP 151, 501 (529).

7) Zutreffend Diers S. 84; Canaris VersR 1965, 114 (117); ders. JZ 1965, 475 (479).

8) Bereits Herholz AcP 130, 257 (276/277) (vgl. oben S. 5) hat in dem Schuldverhältnis der "konstanten Rahmenbeziehung" eine gemeinsame Haftungsgrundlage für die Ansprüche aus c.i.c. und positiver Vertragsver-

dem nämlichen Rechtsgrund beruhen, liegt es nahe, die Haftung des Erfüllungsgehilfen bei Verletzung von Schutzpflichten während des Vertrages nach denselben Grundsätzen zu gestalten wie die Haftung des Vertreters für c.i.c. ¹⁾.

d) Haftung des Erfüllungsgehilfen wegen positiver Vertragsverletzung bei Verletzung von Schutzpflichten

Die Folgerung, daß der im Rahmen der Vertragserfüllung hinzugezogene Erfüllungsgehilfe genauso wie der Vertreter im vorvertraglichen Stadium für die Verletzung von Schutzpflichten unter Umständen selbst einzustehen hat, hat bisher nur, soweit ersichtlich, in ausdrücklicher Ablehnung der oben geschilderten Ansicht des BGH ²⁾ Canaris gezogen ³⁾. Er hält dieses Ergebnis nicht nur wegen der theoretischen Erkenntnis der Gleichartigkeit der vor und während des Vertrages bestehenden Schutzpflichten ⁴⁾ für gerechtfertigt, sondern vor allem auch aus der praktischen Erwägung, daß die Anerkennung einer Danckelmann-Vertragsschlußhemmung einerseits und deren Versagung nach Vertragsschluß andererseits "zu gänzlich willkürlichen Unterscheidungen" führen würden.

Fortsetzung der Fußnote 8) von Seite 110

letzung (pV) gesehen. Allerdings fehlt bei ihm noch die Verknüpfung mit dem Vertrauensgedanken. Im Anschluß an Herholz hat Kinze S. 75 die "rechtliche Gleichheit" der c.i.c. und der pV betont, deren Grundlage er in einem aus Treu und Glauben erzeugten "besonderen, neben dem Hauptvertrage selbständig bestehenden Pflichten- und Gemeinschaftsverhältnis" sah. Neuerdings hat Canaris JZ 1965, 475 (479) alle Schutzpflichten vor und nach Vertragsschluß in einem "einheitlichen Tatbestand der Schutzpflichtverletzung" zusammengefaßt.

- 1) An dieser Stelle sei noch erwähnt, daß Diers S. 85, 88 ff und Canaris JZ 1965, 475 (478, 480) aus der Erkenntnis, daß die Schutzpflichten vor und während des Vertrages gesetzlicher Natur sind, mit Recht den Schluß gezogen haben, daß die Schutzpflichten zugunsten Dritter auch im Falle der Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Vertrages vor Bestand bleiben und sogar bereits im vorvertraglichen Stadium Drittberechtigten anzuerkennen sind.
- 2) Der Entscheidung der BGH stimmt jedoch Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 7c zu.
- 3) Canaris VersR 1965, 114 (117); ders. JZ 1965, 475 (480).
- 4) Vgl. auch Kreß, SR, § 23, 1 und 2, nach dessen Ansicht die Haftung aus c.i.c. und pV aus der Verletzung von "unentwickelten Ansprüchen" folgt, die "zum Schutze, nicht zur Bewegung des Gutes bestimmt" sind und "auf Vorbeugung, nicht auf Leistung gerichtet" sind.

Den Kreis der haftenden Dritten will er nach den Voraussetzungen, die Ballerstedt für die Haftung des Vertreters für c.i.c. aufgestellt hat, bestimmen. Danach könne verpflichtet sein, wer im Hinblick auf den bestehenden Vertrag für seine Person Vertrauen in Anspruch nehme. Deshalb komme grundsätzlich jeder Dritte in Betracht, der in innerem Zusammenhang mit dem bestehenden Vertrag tätig werde und durch diesen die Möglichkeit erhalte, auf die Rechtsgüter des anderen einzuwirken. Hierher gehörten vor allem Erfüllungsgehilfen und gesetzliche Vertreter, aber auch selbständig Handelnde wie Makler usw., die nicht unbedingt Erfüllungsgehilfen der Parteien zu sein brauchten.

Canaris ist zwar darin Recht zu geben, daß unbillige Ergebnisse nicht vermieden werden können, wenn der Dritte nur vor, nicht aber nach Vertragsschluß für eine von ihm begangene Pflichtverletzung einzustehen hat. Im Gegensatz zu seiner Ansicht ist jedoch der Kreis der Personen, deren Haftung in Betracht kommt, wesentlich enger zu fassen.

Diese Konsequenz ergibt sich gerade auch dann, wenn man die Voraussetzungen, die Ballerstedt für die Haftung des Vertreters aus c.i.c. aufgestellt hat, auf die Haftung des Erfüllungsgehilfen überträgt. Ballerstedt ist der Meinung, daß eine Haftung des Vertreters, der in den Betrieb seines Geschäftsherrn eingeordnet ist, nicht angenommen werden darf. Stellt man jedoch wie Canaris allein darauf ab, ob der Erfüllungsgehilfe Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat, so wird man auch zu der Haftung solcher Erfüllungsgehilfen, die in ein fremdes Unternehmen eingegliedert sind, gelangen müssen. Dies gilt umso mehr, als auch beim Erfüllungsgehilfen zutrifft, was wir bereits hinsichtlich des die Verhandlungen führenden Vertreters festgestellt haben, nämlich daß der Dritte rein tatsächlich dem vor ihm stehenden Erfüllungsgehilfen das Vertrauen entgegenbringt, ihn nicht zu schädigen. So vertraut im Krankenhaus der Patient, daß die Schwester ihm die verordnete Spritze kunstgerecht injiziert und ihm dabei keine weiteren Verletzungen zufügt. Wer einen Handwerker mit der Ausführung einer Reparatur in seiner Wohnung beauftragt, vertraut darauf, daß dessen Geselle die Reparatur so vornimmt, daß keine anderen Einrichtungsgegenstände beschädigt werden. Die Annahme einer Haftung des Erfüllungsgehilfen geht jedoch in diesen Fällen zu weit. Im übrigen dürfte es ebenfalls zu weit gehen, eine vertragsähnliche Haftung Dritter, die nicht als Erfüllungsgehilfen, sondern nur im inneren Zusammenhang mit einem fremden Vertrag tätig werden, aus diesem Vertrage abzuleiten.

Vielmehr gilt entsprechend der Haftung des Vertreters für c.i.c.¹⁾, daß der Erfüllungsgehilfe nur dann für schuldhaftes Verhalten einzustehen hat, wenn dies der Rechtsverkehr erwarten darf. Geeignetes Kriterium dafür, wann eine solche

1) Vgl. oben S. 92.

Erwartung gerechtfertigt ist, ist auch hier wieder die Innehabung eines eigenen Geschäftskreises. Wird der Erfüllungsgehilfe in eigenen Geschäftskreis tätig, so darf jeder Dritte darauf vertrauen, daß jener die von ihm schuldhaft verursachten Schäden auch selbst ersetzt.

Fretlich genügt für die Haftung des Erfüllungsgehilfen nicht die bloße Innehabung eines eigenen Geschäftskreises. Das mag folgendes Beispiel verdeutlichen: A bringt sein Kraftfahrzeug nach einem Unfall in die Reparaturwerkstatt X. Diese führt die Reparatur aus und beauftragt mit den erforderlichen Lackierungsarbeiten das Unternehmen Y. Dem A werden die Kosten der Arbeiten des letzteren von X in einer einheitlichen Reparaturrechnung lediglich als "Fremdarbeiten" berechnet. Wenn nun Y oder einer seiner Gehilfen bei der Lackierung weitere Schaden am Fahrzeug angerichtet haben, so wird man gleichwohl nicht eine vertragliche Haftung des Y gegenüber dem A annehmen dürfen.

Erforderlich für eine eigene Haftung des Erfüllungsgehilfen ist vielmehr, daß gerade zwischen ihm und dem Gläubiger eine eigene Vertrauensbeziehung dadurch entstanden ist, daß er während der Vertragserfüllung gesondert als Inhaber eines eigenen Geschäftskreises in Erscheinung getreten ist. Eine solche Vertrauensbeziehung ist z. B. in dem folgenden Fall vorhanden: A hat den Rechtsanwalt 1 mit der Vertretung in einem Rechtsstreit beauftragt. Rechtsanwalt 1 läßt sich in einer mündlichen Verhandlung von Rechtsanwalt 2 vertreten. Wenn nun A in dieser Verhandlung auf Grund des ausdrücklichen Rates von Rechtsanwalt 2, der die rechtliche Lage schuldhaft falsch beurteilt, einen ungünstigen Vergleich abschließt, so erscheint eine eigene Haftung des Rechtsanwalts 2 gerechtfertigt, obwohl zwischen ihm und A kein Vertrag geschlossen worden war.

Zuzugeben ist zwar, daß es im Einzelfall von zufälligen Umständen abhängen kann, ob eine Vertrauensbeziehung entstanden ist. So mag es willkürlich erscheinen, daß der Rechtsanwalt 2 nicht haftet soll, wenn er in Abwesenheit des A eine ungünstige Prozeßhandlung vorgenommen hat. Diese Zufälligkeiten sind jedoch in Kauf zu nehmen, will man daran festhalten, daß die Haftung wegen Verletzung von Schutzpflichten ihre Grundlage in einer Vertrauensbeziehung findet.

Wegen des Erfordernisses einer tatsächlichen Vertrauensbeziehung zwischen Erfüllungsgehilfen und Dritten werden die Fälle, in denen der Erfüllungsgehilfe selbst haftet, viel seltener sein als die, in denen eine Einstandspflicht des Vertreters für c.i.c. gegeben ist. Dies folgt letzten Endes aus der verschiedenen Stellung von Vertreter und Erfüllungsgehilfen. Im Stadium der Vertragsvorbereitung tritt der Vertreter notwendigerweise zu dem künftigen Vertragspartner in eine tatsächliche Beziehung, aus der sich die Vertrauenslage entwickelt. Diese Vertrauenslage besteht während der Vertragsverhandlungen meist auch mit

zwischen Drittem und Vertreter, da letzterer, zumal wenn der Geschäftsherr im Hintergrund bleibt, Herr der Verhandlungen ist, von ihm die Erfüllung der vorvertraglichen Verhaltenspflichten abhängt und der Dritte daher auf seine Redlichkeit vertraut. Mit dem Vertragsschluß wendet der Dritte jedoch sein Vertrauen dem Vertragsgegner zu. Von ihm erwartet er jetzt, daß der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt wird. Für eine eigene Vertrauensbeziehung zum Erfüllungsgehilfen, mag er auch mit dem Vertreter personengleich sein, bleibt im Stadium der Vertragsabwicklung nur wenig Raum. Selbst wenn der Erfüllungsgehilfe selbständig ist¹⁾, wird es ihm wesentlich schwerer fallen, einen persönlichen Kontakt mit dem Vertragsgegner aufzunehmen. Auch Erfüllungsgehilfen, die selbständige Unternehmer sind wie z. B. Banken oder Speditionen, nehmen meist auf Weisung des Schuldners lediglich bestimmte Erfüllungshandlungen vor und treten dabei kaum in eine eigene Vertrauensbeziehung zum Vertragsgegner. Daß der Erfüllungsgehilfe nur selten haftet, ist eben deswegen gerechtfertigt, weil der Verkehr im allgemeinen davon ausgeht, daß für Pflichtverletzungen, die im Zusammenhang mit einem Vertrag erfolgen, nur die Vertragspartner einzustehen haben.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß Erfüllungsgehilfen – die Inhaber eines eigenen Geschäftskreises sind²⁾, ebenso wie übrigens auch gesetzliche Vertreter, die diesen Erfüllungsgehilfen wegen ihrer autoritären Stellung gleichzustellen sind³⁾, selbst wegen positiver Vertragsverletzung haften, wenn sie unzulässig der Vertragserfüllung in eine eigene Vertrauensbeziehung zum Dritten getreten sind. Dabei sollte man allerdings, um eine Irreführung zu vermeiden, nicht von einer Haftung wegen positiver Vertragsverletzung, sondern von einer Haftung wegen Verletzung einer aus einem besonderen Vertrauensverhältnis entspringenden Schutzpflicht sprechen.

1) Nach h.M. kann der Erfüllungsgehilfe auch ein selbständiger Unternehmer sein; vgl. Palandt-Danckelmann § 278 Anm. 3a; Larenz, SR I, § 19 VIII.

2) Weil in dem vom BGH VersR 1964, 977 (vgl. oben S. 101/102) entschiedenen Fall Bernhard X. nicht Inhaber eines eigenen Geschäftskreises, sondern lediglich Leiter einer Zweigniederlassung des Geschäfts seines Bruders war, ist seine Haftung abzulehnen. Im Ergebnis ist daher der Entscheidung des BGH zuzustimmen.

3) Vgl. oben S. 96 ff.

LEBENS LAUF

Am 31. März 1940 wurde ich, Thilo Sticht, als ältester Sohn des Dr. Ing. Wilhelm Sticht und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Thienen, in Frankfurt/Oder geboren. Da meine Eltern im Januar 1945 ihren Wohnsitz nach Essen verlegten, trat ich 1946 in die dortige Volksschule am Voßbusch ein. 1950 bestand ich die Aufnahmeprüfung am Goethe-Gymnasium.

Infolge eines Berufswechsels meines Vaters verzogen wir Oktober 1950 nach Duisburg, wo ich von da ab das humanistische Landfermann-Gymnasium besuchte, an dem ich am 2. Februar 1959 die Reifeprüfung ablegte.

Mein Studium der Rechtswissenschaft nahm ich im Sommersemester 1959 an der Universität München auf. Nachdem ich drei Semester in München, ein Semester in Hamburg und vier Semester in Bonn studiert hatte, bestand ich am 13. August 1963 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Düsseldorf.

Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst, in den ich mit Wirkung vom 20. Januar 1964 von dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten des Oberlandesgerichts München aufgenommen wurde.

